Schlechterfüllung bei Wiederholungslieferungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Walther Dörr, Referendar

aus **Marburg** (Lahn)

1929

Schlechterfüllung bei Wiederholungslieferungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Walther Dörr, Referendar

aus **Marburg** (Lahn)

Referent: Herr Geh. Justizrat Professor Dr. Frz. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem lieben Onkel

Herrn Diplom-Kaufmann Ernst Schulte

in Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet.

Literaturverzeichnis

Achilles-Greif:	Kommentar zum BGB. 1927.
Brecht:	Jherings-Jahrbüch., Bd. 53 S. 213—302, Bd. 54 S. 96 ff.
Cosack:	Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I 1922.
Crome:	System d. Bürgerl. Rechts, Bd. II 1902.
Dernburg:	Ueber das Rücktrittsrecht des Käufers bei positiver Vertragsverletzung, DJZ. 1903 S. 1—5.
Dernburg:	Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1915.
Düringer-Hachenburg:	Das Handelsgesetzbuch 2. Aufl. 1913, Bd. II u. III.
Eccius:	Gruchots Beiträge Ed. 43 S. 305 ff.
Endemann:	Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 9. Aufl. I. Bd. 1903.
Engelke:	Greifswalder Dissertation, 1913.
Enneccerus:	Recht der Schuldverhältnisse, 18—22, Aufl. 1923.
Esser:	Heidelberger Dissertation, 1909.
Fischer:	Jherings Jahrb. 51 S. 226—238.
Gekeler:	Tübinger Dissertation, 1910.
v. Gierke:	Jherings Jahrb. 64 S. 362.
Göppert:	Kr. V. J. Schr. 14, S. 402 ff.
Goldmann-Lilienthal:	Das Recht des BGB., syst. dargest. Bd. I, 2. Aufl. 1903.
Hachenburg:	Leipziger Zeitschrift 1907 S. 9—19.
Hoeniger:	Leipziger Zeitschrift 1911 S. 578—583.
Hueck:	Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1918.
Jacobi:	Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 230—240.
Kipp:	DJZ. 1903 S. 253—256.
Kisch:	Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit, 1900.
Krückmann:	Jherings Jahrb. 66 S. 1—17.
Krückmann:	DJZ. 1905 S. 205—207.
Krückmann:	Archiv f. ziv. Praxis Bd. 101 S. 1—306, Bd. 116 S. 157—481.
Kurnick:	Greifswalder Dissertation, 1910.
Lehmann:	Archiv f. d. ziv. Praxis 96, S. 60 ff.
Lehmann:	Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, 1906.
Lesser:	Das Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung.
Makover:	Kommentar zum HGB. 13, Aufl. 1907, II. Bd.
Müller:	Gruchots Beitr. 50 S. 508—542.
Müller:	Recht 1902 S. 541—543, 576—580.

Müller-Erzbach:	DJZ. 1904 S. 1158—1163
Oertmann:	Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Oertmann:	Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte 1928.
Oertmann:	Ehrenbergs Handb. d. Handelsrechts, IV. Bd. 1918.
Päch:	Der Leistungsverzug.
Planck:	Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte 1914.
Planck:	Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte 1923.
Ratenbacher:	Heidelberger Dissertation, 1910.
Reichsgerichtsräte-Kommentar:	Recht der Schuldverhältnisse, 1928.
Schoeller:	Gruchots Beiträge 46 S. 1—42.
Schollmeyer:	Jherings Jahrb. 49 S. 93—120.
Schollmeyer:	Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Silber:	Jherings Jahrb. 50 S. 55—276.
Staub:	Die positiven Vertragsverletzungen, 1904.
Staub-Müller:	Die positiven Vertragsverletzungen, 1913.
Staub-Könnige:	Kommentar zum HGB 12./13. Aufl. 1926, III./IV. Bd.
v. Staudinger:	Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 7./8. Aufl. 1912.
v. Staudinger:	Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte, 9. Aufl. 1927.
Thies:	Göttinger Dissertation, 1926.
Titze:	Die Unmöglichkeit der Leistung nach Bürgerlichem Recht, 1900.
Warneyer:	Kommentar zum BGB Bd. I 1927.
Winter:	Gruchots Beiträge 48 S. 193—205.
Zander:	Erlanger Dissertation, 1909.

Inhaltsübersicht

Seite

1. Teil: Begriff und Wesen der Wiederholungslieferungen.

§ 1: Entwicklung u. Bedeutung d. Wiederholungslieferungen 1
§ 2: Der Wiederholungsliefervertrag als Liefervertrag . . 2
§ 3: Der Wiederholungsliefervertrag als Ratenvertrag . . 4

2. Teil: Die Gewährleistungsansprüche bei Wiederholungslieferungen.

§ 4: Angebot einer mangelhaften Rate 5
§ 5: Beschränkung der Gewährleistungsansprüche auf die einzelne Rate 9

3. Teil. Der Nachlieferungsanspruch mit nachfolgendem Verzug

§ 6: Verzug als Folge nichtvertragsmäßiger Erfüllung des Nachlieferungsanspruches 11
§ 7: Die Wirkungen des Verzugs mit einer Rate auf die Wiederholungslieferungen 14

4. Teil: Positive Forderungsverletzung.

§ 8: Der akzessorische Schadenersatzanspruch . , . . 26
§ 9: Rücktrittsrecht wegen positiver Forderungsverletzung 31

5. Teil: § 10: Kündigung aus wichtigem Grund 37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0046

1. Teil.
Begriff und Wesen der Wiederholungslieferung.

§ 1.
Entwicklung und Bedeutung der Wiederholungslieferung.

Der moderne Handel und Verkehr verwendet mit besonderer Vorliebe für die Tätigung seiner umfangreichen Geschäfte Verträge, deren Wesen darin besteht, daß die übernommenen Verbindlichkeiten nicht in einer Gesamtleistung, sondern in Wiederholungslieferungen erfüllt werden sollen. Die Wiederholungslieferungen machen es in bequemer Weise möglich, den ganzen Verbrauch und Absatz für längere Zeiträume zu regeln und sicherzustellen. Infolgedessen ist die Frage nach der rechtlichen Natur der Wiederholungslieferungen in jüngster Zeit immer mehr in den Vordergrund des juristischen Interesses getreten und das umsomehr, als weder das BGB. noch das HGB. eine gesetzliche Regelung für die Wiederholungslieferungen getroffen haben. Es blieb daher der Rechtswissenschaft vorbehalten, diese offenbare Lücke im Gesetz auszufüllen und die mannigfach auftauchenden Streitfragen zu erörtern.

Das gänzliche Fehlen irgendeiner Gesetzesbestimmung über den Wiederholungsliefervertrag erklärt sich vor allem daraus, daß auch im römischen Recht keine besondere Regelung für Verträge dieser Art erfolgt ist. Es ist anzunehmen, daß das hochentwickelte Wirtschaftsleben des römischen Imperiums derartige Rechtsgeschäfte gekannt hat, aber da eine gesetzliche Verpflichtung aus einem Wiederholungsliefergeschäft nur „durch das formelle Recht der Stipulation geschaffen werden konnte", entstand für den römischen Juristen gar nicht die Notwendigkeit, Verträge auf Wiederholungslieferungen besonders zu behandeln[1]). In Deutschland gewannen die Wiederholungslieferungen erst Bedeutung mit dem Aufblühen des Handelsverkehrs zur Zeit der deutschen Hanse. Jedoch noch lange Zeit, bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, hielten weite Handelskreise Verträge über die Lieferung von Sachen, die noch hergestellt werden sollten, für unzulässig. Erst das Aufblühen der deutschen Industrie und des deutschen Handels führten zur allgemeinen Anerkennung des Wiederholungsliefervertrages und zur rechtlichen Begründung und zum Ausbau seines Begriffes.

[1]) Vgl. Müller bei Gruchot 50, 508; Thies S. 11.

Das wichtigste Merkmal der Wiederholungslieferungen ist es, daß sie ihre Wirkungen auf längere Zeit erstrecken. Da es in Zeiten eines hochentwickelten Wirtschaftslebens sowohl für den Konsumenten wie für den Produzenten von großer Bedeutung ist, einmal den Absatz und den Konsum sicherzustellen und zum andern den Geschäftsverkehr zu vereinfachen, so werden sich in solchen Hochzeiten der Wirtschaft die Wiederholungslieferungen einer besonderen Beliebtheit und weiten Verbreitung erfreuen. Denn ein Vertragsabschluß auf längere Zeiträume beseitigt erstens die Unsicherheit und das Risiko, daß der Käufer oder der Verkäufer den jeweilig erforderlichen Einzelkauf bzw. Einzelverkauf zu einem für ihn ungünstigen Preise vornehmen muß; zweitens vereinfacht der Wiederholungsliefervertrag auch in hohem Maße das Wirtschaftsleben. Denn es ist für beide Parteien viel bequemer und angenehmer, an Stelle vieler verschiedener Einzelverträge mit verschiedenen Kontrahenten unter verschiedenen Bedingungen und Preisen einen einheitlichen Vertrag abzuschließen, der dem Interesse beider Parteien für längere Zeit Rechnung trägt. Hierdurch bleiben Zeit, Kosten und Irrtümer erspart.

Der hier behandelte Wiederholungsliefervertrag wird am meisten als Sukzessivlieferungsvertrag bezeichnet. Häufig kommt auch der Ausdruck Ratenlieferungsvertrag vor. Daneben wird er Teillieferungsgeschäft[1]) oder Vertrag auf fortgesetzte Lieferung[2]) oder auf ratenweise Erfüllung genannt. Im wesentlichen treffen wohl alle diese Bezeichnungen das gleiche und sind als gleichwertig zu betrachten.

§ 2

Der Wiederholungsliefervertrag als Liefervertrag.

Der Wiederholungsliefervertrag enthält gleichzeitig eine Bestimmung über Lieferung und eine über die Wiederholung. Wenn wir im folgenden den Begriff des Wiederholungsliefervertrags näher betrachten wollen, müssen wir von diesen seinen beiden Bestandteilen ausgehen. Unter einem Liefervertrag im engeren Sinne versteht man das Eingehen der Verpflichtung, einem anderen eine Sache zu verschaffen, die sich der Schuldner selbst erst wieder anderweitig besorgen muß[3]). Staudinger[4]) nennt dieses Geschäft Lieferungskauf. Der weitere Begriff, der allein hier in Betracht kommt, versteht unter einem Lieferungsvertrag das Eingehen der Verpflichtung auf eine Leistung gegen Entgelt. Der Wiederholungsliefervertrag ist also ein Kaufvertrag, Werkvertrag oder auch ein Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB., auf den die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Außerdem kann der Lieferungsvertrag auch in einem Tauschvertrag bestehen. Es würde keinen Unterschied machen, ob Ware

[1]) RGR. Komm. § 325 Anm. 4.
[2]) Hesse, Marburger Diss. 1905.
[3]) Staub, HGB Exkurs zu § 373 Anm. 13
[4]) Staudinger, Komm. § 433 Anm. 1 a.

gegen Ware oder Ware gegen Geld geliefert wird, denn auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf nach BGB. § 515 entsprechende Anwendung[1]). Doch ist der Wiederholungsliefertausch ohne besondere praktische Bedeutung.

Ein wesentliches Merkmal der Wiederholungslieferungen ist die Einheit des zugrunde liegenden Vertrages, denn trotzdem die Erfüllungshandlungen zeitlich zerlegt sind, bleibt der Wiederholungsliefervertrag doch ein gewöhnlicher Liefervertrag. Bestehen daher verschiedene selbständige Verträge, so kann von einem Wiederholungsliefervertrag nicht die Rede sein[2]). Aus der Natur des Liefervertrages als Bestandteil des Wiederholungsliefervertrages ergibt es sich auch, daß bei den Wiederholungslieferungen die Leistung bestimmt oder doch wenigstens objektiv bestimmbar sein muß und für beide Parteien die Pflicht zur Abnahme bezw. Lieferung besteht. Ist das nicht der Fall, so haben wir es lediglich mit einem Vorvertrag zu tun, der die Parteien zum Abschluß von Einzelverträgen verpflichtet, aus denen aber nicht direkt auf Leistung und Zahlung geklagt werden kann. Wenn hier als wesentliches Merkmal der Wiederholungslieferungen verlangt wird, daß die Leistung bestimmt ist, so ist das nicht so zu verstehen, daß nur ein fester Kaufvertrag über eine zahlenmäßig fest abgegrenzte Leistung den begrifflichen Erfordernissen des Wiederholungsliefervertrages genügt. Diese Formulierung wäre zu eng und würde einen großen Teil der Verträge auf Wiederholungslieferungen nicht mit umfassen. Denn bei Verträgen, die oft auf Jahre hinaus abgeschlossen werden, bestimmen die Parteien häufig die Menge nicht rein ziffernmäßig, sondern machen sie von einem objektiven Maßstab abhängig. Z. B. ein Wirt verpflichtet sich, seinen ganzen Bedarf in den folgenden zwei Jahren von einer bestimmten Brauerei zu beziehen. Es ist sicher, daß die Parteien sich ebenso vertraglich verpflichtet glauben, als wenn sie ein ganz bestimmtes monatliches Quantum vereinbart hätten. Man würde den tatsächlichen Verhältnissen des Verkehrs keineswegs gerecht, wenn man einem derartigen Vertrag die Rechtswirksamkeit absprechen wollte, weil zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gesamtmenge noch nicht feststeht. Es genügt vielmehr, daß sie objektiv bestimmt werden kann. Wenn es also zu eng ist, nur Verträge, bei denen die Gesamtmenge von vornherein genau feststeht, als Wiederholungslieferverträge anzusehen, so ist es andererseits auch abzulehnen, wenn v. Gierke[3]) nur solche Verträge für Wiederholungslieferverträge hält, bei denen die Gesamtmenge von vornherein nicht feststeht. Diese Einschränkung des Begriffes entspricht nicht dem Sprachgebrauch[4]). Was den Gegenstand des Vertrages angeht, so ist vielfach die Meinung vertreten

[1]) so auch Thies, S. 13.
[2]) RG. Recht 1906 S. 1193; Gruchot 55, 893, LZ. 1911, 379.
[3]) v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jher. Jahrb. 64, 362.
[4]) Hueck S. 8.

worden[1]), daß nur Gattungsschulden Gegenstand von Wiederholungslieferungen sein könnten. Ebenso behaupten einige[2]), daß Wiederholungslieferungen nur auf vertretbare Sachen gehen könnten. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum diese Einschränkung für die Wiederholungslieferungen gemacht werden. Eine Begründung dafür ist nirgends gegeben, und es ist mit dem Begriff der Wiederholungslieferungen m. E. sehr wohl vereinbar, daß der Gegenstand des Vertrages Speziessachen sind, wenn auch zuzugeben ist, daß dieser Fall selten sein wird und daß im Regelfall Gegenstand der Wiederholungslieferungen eine Gattungsschuld sein wird[3]).

§ 3

Der Wiederholungsliefervertrag als Ratenvertrag.

Das zweite wesentliche Erfordernis des Wiederholungsliefervertrages ist die Erfüllung in einzelnen Raten im Gegensatz zu einer Gesamtleistung. Grundsätzlich ist der Schuldner nach § 266 BGB. nicht berechtigt, Teilleistungen vorzunehmen. Aber diese Vorschrift ist dispositiver Natur. Die Parteien können sie nach ihrem freien Willen abändern. Für den Wiederholungsliefervertrag ist das sogar Begriffserfordernis. Es genügt nicht, daß die Sachleistung und die Geldleistung auseinanderfallen. Ist die Leistung nicht in einzelne Raten geteilt, so kann von Wiederholungslieferungen nicht die Rede sein. Die einzelnen Raten müssen ferner zeitlich hinter einander liegen. Wird eine Leistung in mehreren Teilen gleichzeitig an verschiedenen Orten geleistet, so haben wir es mit einem Wiederholungsliefervertrag nicht zu tun. Esser (S. 7) nennt einen derartigen Vertrag Distributivlieferungsvertrag. Die Teilung des Vertrages in zeitlich hintereinander liegenden Raten ist nun in dreifacher Weise denkbar:

1. Nur die Geldleistung erfolgt in Raten,
2. nur die Sachleistung wird durch Wiederholungslieferungen erfüllt,
3. sowohl Geld- wie Sachleistung sind in Raten geteilt.

Liegt der erste Fall vor, so dient die ratenweise Zahlung ganz allein dem Interesse des Geldschuldners. Diesen Fall des Abzahlungsgeschäftes hat das Gesetz vom 16. Mai 1894 besonders geregelt; er scheidet also aus der Betrachtung aus. Nach dem Sprachgebrauch besteht nur dann ein Wiederholungsliefervertrag, wenn die Sachleistung in Raten zerlegt ist. Es genügt aber zum Begriff des Wiederholungsliefervertrages, daß die Sachleistung in zeitlich getrennte Raten auseinander fällt und die Geldleistung für alle Raten oder doch für mehrere Raten gleichzeitig erfolgt[4]). Gegen die Ansicht der Gegner, die einen Wiederholungsliefervertrag nur dann als gegeben ansehen,

[1]) Müller bei Gruchot 50, 510.
[2]) Düringer-Hachenburg, Bd. II S. 271; Gekeler S. 9.
[3]) Thies S. 23.
[4]) a. A.: Müller, Gruchot 50, 510; Staudinger § 433 Erl. 1a.

wenn sowohl die Sach- wie die Geldleistung in Raten getrennt ist, läßt sich vor allem anführen, daß in vielen Geschäftszweigen, z. B. im Kohlenhandel, es üblich ist, die im Laufe eines Monats erbrachten Leistungen an einem bestimmten Tage zusammen zu bezahlen. Auch ist es leicht möglich, daß in Fällen, in denen nur wenige Raten vereinbart sind, die Bezahlung erst nach Leistung aller Raten erfolgen soll. Zwar wird es sehr häufig sein, daß Geld- wie Sachleistung in Raten zerlegt sind; notwendiges Begriffserfordernis des Wiederholungslieferungsvertrages ist es jedenfalls nicht, sondern es genügt, daß die Sachleistung in Wiederholungslieferungen erfolgt[1]). Was nun die rechtliche Natur der Rate angeht, so herrscht darüber Streit. Einige Schriftsteller[2]) halten die einzelnen Raten für Vollerfüllung von Einzelverträgen. Diese Ansicht wurzelt darin, daß sie den Vertrag auf Wiederholungslieferungen nur als einen Vorvertrag auf Abschluß von Einzelverträgen ansehen. Der Wiederholungsliefervertrag ist aber kein Vorvertrag, da aus ihm unmittelbar auf Lieferung geklagt werden kann. Aus einem Vorvertrag ergäbe sich nur ein Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages. Es ist also nicht richtig, wenn man leugnet, daß die Rate eine Teilleistung eines einheitlichen Vertrages ist. Aber trotzdem die Rate eine Teilleistung ist, ist sie doch keine unvollständige Teilleistung, denn im Zeitpunkt ihrer Lieferung ist sie volle Erfüllung des Vertrages. Deshalb sind die Vorschriften des BGB. über Teilleistungen, die unvollständige Teilleistungen im Auge haben, nicht ohne weiteres auf die Einzelrate anwendbar. Gerade der Umstand, daß die Rate gleichzeitig, vom ganzen Vertrag aus gesehen, eine Teilleistung, von der Einzelrate aus gesehen, aber Vollerfüllung ist, ist die Ursache, daß die Wiederholungslieferungen, rechtlich mancherlei Schwierigkeiten machen, auf die im folgenden noch näher einzugehen sein wird. Fassen wir also die vorhergehenden Erörterungen kurz zusammen: Der Wiederholungsliefervertrag ist ein einheitlicher Kauf-, Werk- oder Tauschvertrag auf Lieferung einer objektiv bestimmbaren Menge von Sachen in zeitlich getrennten Raten gegen Entgelt.

II. Teil.

Die Gewährleistungsansprüche bei Wiederholungslieferungen.

§ 4.

Angebot einer mangelhaften Rate.

Es ist eine alltägliche Erscheinung des Lebens, daß die Abwicklung von Verträgen keineswegs immer glatt von statten geht. In sehr vielen Fällen erfüllt eine Partei die von ihr versprochene Leistung

[1]) Staub, Anhang zu § 374 Anm. 135; Huek S. 18.
[2]) Päch, Der Leistungsverzug, S. 151; Göppert, Kr. V. J. Schr. 14, 402; ROH. 9, 121.

überhaupt nicht, oder sie leistet wohl, aber nur mangelhaft. Wie sich dieser letzte Fall bei zusammenhängenden Wiederholungslieferungen auswirkt, wollen wir im folgenden näher betrachten. Gehen wir von zwei praktischen Beispielen aus. Ein Landwirt hat 5000 Ztr. Heu von einem Händler gekauft, lieferbar und zahlbar zu je 1000 Ztr. von November bis März. Die einzelnen Raten werden zwar pünktlich angeboten oder geliefert, aber das Heu ist dumpfig und zur Viehfütterung nicht zu gebrauchen. Oder ein Gastwirt, der sich verpflichtet hat, sein Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, erhält minderwertiges Bier. Welche Rechte kann der Sachgläubiger zunächst aus dem den Wiederholungslieferungen zugrunde liegenden Rechtsverhältnis geltend machen? Wie bereits oben gezeigt wurde, liegt allen Wiederholungslieferungen ein Werk-, Werklieferungs-, Kauf- oder Tauschvertrag zugrunde. Bei einem Werkvertrag kann der Gläubiger, soweit die Sache mangelhaft ist, zunächst Beseitigung innerhalb einer angemessenen Frist verlangen. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist hat der Gläubiger das Recht zur Wandelung oder Minderung, und wenn der Schuldner den Mangel zu vertreten hat, den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung § 635 BGB. Bei Kauf-, Tausch- oder Werklieferungsverträgen findet das Kaufrecht Anwendung. Nach den Vorschriften über den Kauf bestehen für den Gläubiger bei Schlechterfüllung zwei Möglichkeiten, soweit, was die Regel ist, die Wiederholungslieferungen auf die Leistung von Gattungsschulden gerichtet sind. Für den äußerst seltenen Fall, daß ein Wiederholungsliefervertrag auf die Leistung einer Speziessache geht, kommt nur die erste Möglichkeit in Frage. Auf diesen Ausnahmefall braucht nicht näher eingegangen zu werden.

1. Der Gläubiger hält den Schuldner bei der angebotenen oder gelieferten Leistung fest. Er betrachtet die angebotene oder bereits gelieferte Rate bereits als Erfüllung des Wiederholungsliefervertrages, wenn auch als mangelhafte Erfüllung. Dann hat der Schuldner hinsichtlich dieser Rate das seinerseits Erforderliche getan und das Schuldverhältnis beschränkt sich auf die mangelhafte Rate, § 243 BGB.
2. Oder aber der Gläubiger stellt sich auf den Standpunkt, daß der Verkäufer durch das Angebot oder die Lieferung der mangelhaften Leistung noch nicht seine Vertragspflicht erfüllt habe und verlangt Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 480 BGB. Diese zweite Möglichkeit wird unten näher zu behandeln sein.

Geht der Gläubiger nun von der ersten Möglichkeit aus und betrachtet die gelieferte fehlerhafte Rate als Erfüllung des Vertrages, wenn auch als mangelhafte, so kann er gemäß § 462 BGB. Wandlung Minderung und beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder dem arglistigen Verschweigen von Fehlern noch darüber hinaus Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 463 BGB. Aber auch dann, wenn der Gläubiger die angebotene fehlerhafte Rate sofort zurückweist und es also gar nicht zu einer An- und Abnahme kommen läßt, kann er

den Schuldner bei der Leistung festhalten. Durch eine bloße Erklärung des Gläubigers, er betrachte die angebotene Rate als Erfüllung, wenn auch als fehlerhafte, wandelt sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld um, weil ja dann der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat, § 243 BGB. Aber trotz eingetretener Konzentration ist der Gläubiger nicht etwa in An- oder Abnahmeverzug gekommen. Für diejenigen, die die Ansicht vertreten, daß auch beim Spezieskauf die Leistungspflicht des Verkäufers sich auf die Freiheit der Sache von tatsächlichen Mängeln erstreckt[1]), ist das selbstverständlich. Auf diese letzte Frage braucht hier nicht eingegangen zu werden. Denn wenn man auch der Meinung ist, daß die Mangelfreiheit beim Spezieskauf nicht zur Leistungspflicht gehöre, so muß man doch dem Gläubiger das Recht zusprechen, die mangelhafte Sache von vornherein zurückzuweisen. Das folgt m. E. aus § 478 BGB. Wenn dieser dem Käufer gegenüber der Kaufpreisforderung des Verkäufers ausdrücklich eine Wandlungseinrede gibt, falls die Sache mangelhaft war, so muß ebenfalls eine Einrede gegen den Abnahmeanspruch bestehen. Es wäre ganz unbillig, daß der Käufer verpflichtet sein sollte, die mangelhafte Sache zunächst unter Vorbehalt anzunehmen, lediglich um Mängelansprüche geltend machen zu können. Schon das Recht, vom Vertragsgegner Wandlung und unter den Voraussetzungen von § 463 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen zu können, genügt, um den Käufer nicht in Verzug kommen zu lassen. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch die Tatsache, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs, die beim Verzug auf den Käufer übergeht (§§ 300, 324 BGB.), nach § 350 BGB. der Verkäufer zu tragen hat, soweit der Käufer wegen Mangelhaftigkeit der Ware Gewährleistungsansprüche geltend zu machen berechtigt ist[2]). Wenn wir also davon ausgehen, daß der Gläubiger die fehlerhafte Sache, trotzdem er sie als Erfüllung betrachtet, zurückweisen kann, ohne in An- oder Abnahmeverzug zu kommen, so ist es aber sehr bestritten, ob der Käufer bereits vor dem Gefahrübergang die Gewährleistungsansprüche geltend machen kann. Gemäß § 459 BGB. haftet der Verkäufer für Fehler, die zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden sind. Die Gefahr des zufälligen Untergangs ist jedoch gar nicht auf den Käufer übergegangen, da eine Uebergabe, durch die in der Mehrzahl der Fälle der Gefahrübergang eintritt (§ 446 BGB.) durch die Zurückweisung der Rate vereitelt ist. Durch diese Zurückweisung ist, wie oben gezeigt, der Gläubiger nicht in Verzug gekommen, sodaß auch ein Gefahrübergang infolge Verzuges nicht stattgefunden hat. Bei einem Versendungskauf wäre allerdings die Gefahr gemäß § 447 BGB. bereits auf den Käufer übergegangen. Das Moment des Gefahrübergangs würde hier keine Schwierigkeiten

[1]) Staub-Koenige, Anhang zu § 374 Anm. 42; Fischer, Jher. Jahrb. 51, 223; Krückmann, Arch f. ziv. Prax. 101, 180; Lesser a. a. O. S. 57; RG. 53, 73; RGR. Komm. § 459.

[2]) so auch Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 97 ff Plank § 293, 2b; Oertmann § 433, 2a, d, jedoch nur für den Fall, daß der Gläubiger Wandlung verlangt; dagegen Schollmeyer, Jher. Jb. 49. 95—97.

bereiten. Aber auch dann, wenn der Sonderfall des Versendungskaufs nicht vorliegt, kann m. E. der Gläubiger die Gewährleistungsansprüche in gewissen Fällen geltend machen, trotzdem dann ein Gefahrübergang noch nicht erfolgt ist. Zwar folgert eine Meinung aus dem Wortlaut des § 459 BGB.: „Der Verkäufer ist gewährleistungspflichtig nur wegen der Mängel, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs der Sache anhaften", daß die Gewährleistungsansprüche erst in diesem Zeitpunkt zur Entstehung gelangen. Dementsprechend läßt sie grundsätzlich bis zum Gefahrübergang keine Gewährleistungsansprüche zu[1]). Demgegenüber bestreitet jedoch die Gegenmeinung, daß § 459 zu dem Schluß berechtige, die Gewährleistungsansprüche entständen erst beim Gefahrübergang. Sie geht davon aus, daß die Gewährleistungspflicht auf dem Kaufvertrag beruht. Demgemäß entstehe die Gewährleistungspflicht mit dem Abschluß des Kaufes bzw. mit dem Fehlerhaftwerden der Sache zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang. Der Gefahrübergang „begrenzt nur die bereits mit dem Vertragsschluß entstandenen und für die Dauer der Zwischenzeit fortdauernde Haftung"[2]). Wenn es also erweislich ist, daß beim Gefahrübergang die Sache mangelhaft sein wird, so räumt diese Meinung dem Käufer auch schon vor Gefahrübergang die Gewährleistungsansprüche ein. Dem kann nur zugestimmt werden. Steht es fest, daß die Sache mangelhaft ist und der Käufer nicht imstande ist, den Mangel zu beseitigen oder verweigert er die Beseitigung, so muß der Käufer billigerweise berechtigt sein, sofort, auch vor Gefahrübergang, die Gewährleistungsansprüche zu erheben. Denn es kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen, daß der Käufer erst die Fälligkeit abwarten und die mangelhafte Sache annehmen muß, um Mängelrechte geltend machen zu können. „Ein solcher Aufschub wäre hier geradezu zweckswidrig"[3]). Zwischen Gefahrübergang und Gewährleistungsanspruch besteht ein notwendiger innerer Zusammenhang überhaupt nicht. Diese Maßgeblichkeit des Gefahrübergangs soll offenbar nur den Zweck haben, dem Verkäufer noch nach Vertragsabschluß und vor Gefahrübergang die Möglichkeit der Nachbesserung zu geben. Im Falle der Unmöglichkeit oder ernstlichen Verweigerung der Beseitigung von Fehlern hat der Gläubiger auch vor Gefahrübergang die Gewährleistungsansprüche[4]). Da der Gläubiger die Leistung als Erfüllung betrachtet trotz ihrer Mangelhaftigkeit, ist die Konzentration eingetreten und der Schuldner hat nicht mehr die Möglichkeit, ohne weiteres an die Stelle der angebotenen mangelhaften Sache eine mangelfreie zu setzen. Allerdings würde der Schuldner trotz eingetretener Konzentration nach den allgemeinen Grundsätzen von §§ 226, 242 BGB. verlangen

[1]) RG. 53, 73; RG. bei Gruchot 53, 940.
[2]) Oertmann zu § 459.
[3]) Enneccerus S. 324 ob.
[4]) so besonders Oertmann zu § 459 und in Ehrenbergs Handb. Bd. IV S. 477; Dernburg § 185 I: Crome S. 459; Schollmeyer, Jher. Jb. 49, S. 97 ff.; Schöller bei Gruchot 46, 15; auch die Gegenmeinung gibt nunmehr bei unheilbaren Mängeln die Gewährleistungsansprüche vor Gefahrübergang: so RG. Seuff. Arch. 67, 357 ff. Warneyer 1911 Nr. 321, 1912 Nr. 204; RGR. Komm. § 459 Bem. 3 B I; Staudinger § 459 III, 3.

können, daß der Gläubiger eine vom Schuldner unverzüglich angebotene mangelfreie Lieferung annimmt, wenn der Käufer nicht gerade an der angebotenen Rate ein Interesse hat[1]). In den meisten Fällen wird jedoch der Schuldner nicht in der Lage sein, sogleich statt der mangelhaften eine mangelfreie Ware anzubieten oder die Fehler der angebotenen Ware zu beseitigen, sondern wird die Abnahme der mangelhaften Sache verlangen. Dann ist aber der Gläubiger bereits vor Gefahrübergang berechtigt, sofort Wandlung und unter den Voraussetzungen von § 463 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Dasselbe muß unter den gleichen Voraussetzungen für die Wandlung beim Werkvertrag gelten. § 634, II BGB. Auf die daneben an sich möglichen Minderung hat er durch die Zurückweisung der Ware verzichtet; denn wenn er die Absicht hatte, Minderung zu verlangen, so mußte er auf das Angebot des Schuldners die Rate annehmen.

§ 5.

Beschränkung der Gewährleistungsansprüche auf die einzelne Rate.

Sehr wichtig wird nun für die Wiederholungslieferungen die Frage, ob sich die Wirkungen der Mängelansprüche nur auf die gerade mangelhafte Einzelrate oder, wenn es wahrscheinlich erscheint, daß auch die folgenden Raten mangelhaft sein werden, darüber hinaus auf alle folgenden Wiederholungslieferungen erstrecken können. Voraussetzung für alle Gewährleistungsansprüche ist die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache. Wie oben gezeigt wurde, ist aber die Wandlung und der Schadensersatzanspruch nach § 463 BGB. auch schon vor dem Gefahrübergang möglich, und deshalb könnte man zu dem Schluß kommen, daß auch die Wandlung hinsichtlich der künftigen Raten bereits möglich sei. Gewährleistungsansprüche vor Gefahrübergang sind jedoch nur dann möglich, wenn die Konzentration eingetreten ist und es sicher feststeht, daß die vorhandenen Fehler der Sache nicht abzustellen sind oder wenn der Verkäufer ihre Beseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Für den Regelfall der Gattungsschuld trifft das nicht zu. Die ausstehenden Raten sind noch gar nicht konzentriert. Der Verkäufer hat deshalb die unbeschränkte Möglichkeit, die künftigen Raten in mangelfreier Qualität zu liefern. Selbst wenn er schon mehrere Raten fehlerhafter Ware geliefert hat, ist es damit keineswegs sicher, daß die noch ausstehenden gleich schlecht sein werden. Davon könnte nur dann die Rede sein, wenn der Schuldner ernstlich und ausdrücklich erklärte, daß er die zukünftigen Raten bereits bestimmt habe und diese von der gleichen minderwertigen Qualität seien wie die bereits gelieferten[2]). Dieser Fall dürfte wohl kaum eintreten. Aber die bisherigen Ausführungen sind m. E. noch nicht hinreichend um eine Beschränkung der Wandlung auf die augenblickliche Rate zu rechtfertigen, denn man könnte

[1]) RG. 91, 110; Seuff. A. 59, 74; Olg. 17, 374.
[2]) An die Ernstlichkeit der Weigerung ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen; vgl. dazu die Stellung des Reichsgerichts bei Erfüllungsverweigerung des Schuldners beim Verzug RG.90 S. 317; Seuff Arch. 74 Nr. 204; Vgl. auch Oertmann zu § 326 S. 297.

ja sagen, daß es Fälle gibt, z. B. beim Verzug, wo eine einzige Forderungsverletzung genüge, um dem Gläubiger das Rücktrittsrecht hinsichtlich der gegenwärtigen und der noch ausstehenden Raten zu gewähren, wenn ihm die Fortsetzung des Schuldverhältnisses mit dem ungetreuen Vertragsgegner nicht mehr zugemutet werden kann. Für den Verzug ist ein solches Rücktrittsrecht hinsichtlich der künftigen Raten, wie noch zu zeigen sein wird, berechtigt. Anders ist es bei den Gewährleistungsansprüchen. Sehen wir uns bei der Lehre von der Wandlung nach Vorschriften um, die über die Wandlung an mangelhaften Teilleistungen hinaus die Rechte des Käufers bezüglich der übrigen Teile regeln, so treffen wir auf § 469 BGB., der sowohl auf den Kaufvertrag wie auf den Werkvertrag Anwendung findet:

> „Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser die Wandlung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können".

Satz 2 betrifft einen nicht häufigen Spezialfall und ist, soweit dieser Spezialfall bei Wiederholungslieferungen zutrifft, auch auf Wiederholungslieferung unmittelbar anwendbar. Denn wenn von Raten, die als zusammengehörend verkauft sind und nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können, ein Teil fehlerhaft ist, so haben die übrigen Raten ebenso wie die mangelfreien Teile einer Gesamtleistung für den Käufer kein Interesse. Was nun § 469, 1 BGB. betrifft, so ist es richtig, daß er nicht genau auf zusammenhängende Wiederholungslieferungen paßt. Denn wenn § 469 BGB. von teilweiser Mangelhaftigkeit spricht, meint er einen unvollständigen Teil einer einzigen auf einmal zu erfüllenden Gesamtleistung. Die Rate des Wiederholungsliefervertrages ist zwar auch eine Teilleistung von dem ganzen Vertrag aus gesehen, aber im Augenblick ihrer Fälligkeit ist sie vollständige Erfüllung. Vor allem steht es in dem von § 469 BGB. S. 1 behandelten Fall sicher fest, welche Teile mangelhaft sind und welche nicht. Beim Wiederholungsliefervertrag hingegen sind die Raten, von denen der Käufer loskommen will, noch garnicht fällig. Es ist deshalb auch garnicht sicher, ob sie mangelhaft sein werden. Vielmehr sind die Wiederholungslieferungen vom Gesetze garnicht geregelt. Daraus könnte man nun die Folgerung ziehen, daß § 469, Satz 1 BGB. auf unsern Fall gar nicht passe und daß er kein Hindernis bilde bei Wahrscheinlichkeit weiterer mangelhafter Raten, die Wandlung auch auf zukünftige Raten auszudehnen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Raten beim Wiederholungsliefervertrag, wenn auch keine unvollständigen, so doch immerhin Teilleistungen sind. Wenn aber das Wandlungsrecht nach § 469, S. 1 BGB.

schon die unvollkommenen mangelfreien Teile einer Gesamtleistung trotz der Mangelhaftigkeit der übrigen nicht miterfassen soll, so muß das umsomehr bei den Raten der Wiederholungslieferungen gelten, die doch noch viel selbständiger sind. Das Wandlungsrecht soll sich nur auf die einwandfrei fehlerhaften Teile erstrecken. Den § 469, S. 1 BGB., der dem Wortlaut nach die rechtliche Lage der gegenwärtigen unvollkommenen Teile behandelt, nicht auch auf die zukünftigen Teile anzuwenden, liegt kein Grund vor. Beim Verzug freilich ist das anders. Hier hat der vertragstreue Teil das Rücktrittsrecht bezüglich des ganzen Vertrages, wenn der Gegner durch die Nichtleistung und das Verstreichenlassen der Nachfrist eine pünktliche Erfüllung der künftigen Raten unwahrscheinlich macht. Hier genügt die bloße Gefährdung. Die Wandlung setzt aber mehr als eine bloße Gefährdung ihrer Natur nach voraus. Nur dann kann sie geltend gemacht werden, wenn die Leistung sicher mangelhaft ist oder bleiben wird. Der Anwendung des § 469, S. 1 BGB. auch auf die künftigen Raten der Wiederholungslieferungen steht deshalb nichts im Wege[1]). Das Wandlungsrecht kann der Käufer also nur bezüglich der jeweiligen mangelhaften Rate erheben. Alle Raten außer der betreffenden mangelhaften bleiben durch die Gewährleistungsansprüche unberührt. Daraus folgt, daß der Gläubiger bei Mangelhaftigkeit von zwei Raten für jede auch einen anderen Gewährleistungsanspruch nach seinem jeweiligen Interesse erheben kann. Und da die Gewährleistungsansprüche nur den Gläubiger gegenüber dem Schuldner berechtigen, kann der Gläubiger auch für eine Rate auf sein Recht verzichten, für die folgende es aber wieder ausüben, und zwar auch dann, wenn bei beiden Raten lediglich die gleichen Mängel vorhanden sind. Denn der Verzicht auf die Wandlung gibt dem Schuldner umgekehrt noch kein Recht, nunmehr mangelhaft zu erfüllen, so auch ausdrücklich das Reichsgericht[2]), wo es betont, daß dem Gläubiger infolge des mehrfach versäumten Rügens (§ 377 HGB.) ein sofortiges Rücktrittsrecht zwar nicht mehr zustehe, weil eine Gefährdung des Vertragszwecks infolge des Nichtrügens widerlegt sei, die Gewährleistungsansprüche wegen der gegenwärtigen mangelhaften Rate seien aber hierdurch keineswegs ausgeschlossen.

III. Teil.

Der Nachlieferungsanspruch m. nachfolgend. Verzug

§ 6

Verzug als Folge nichtvertragsmäßiger Erfüllung des Nachlieferungsanspruchs.

Der Käufer kann für eine mangelhafte Rate auch die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Er betrachtet dann die geschuldete

[1]) OLG. 4 S. 224; 8 S. 71; Seuff. Arch. 58 S. 433; 57 S. 129; Oertmann zu § 469 u. in Ehrenbergs Handb.Bd.IV. S. 454; Staudinger zu § 469 S. 192; Planck zu § 469; Müller bei Gruchot 50 S. 534
[2]) RG. 63. S. 298.

Leistung als nicht erbracht. Denn beim Gattungskauf ist der Verkäufer zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet. Wenn diese Streitfrage für den Spezieskauf zweifelhaft sein kann, so ist sie für den Gattungskauf sicher zu bejahen. Zwar ergibt sich diese Pflicht weder aus dem Wortlaut des § 433 noch des § 459 BGB. Diese beiden Paragraphen sprechen weder für die hier vertretene noch für die gegenteilige Auffassung. Anders ist es bei § 243, I BGB, der bestimmt, daß bei Gattungsschulden Sachen mittlerer Art und Güte zu leisten sind. Daraus folgt, daß der Schuldner von Gattungssachen nur dann der ihm obliegenden Leistungspflicht genügt, wenn die gelieferte Sache nicht mit Fehlern behaftet ist. Zwar glaubt Schollmeyer[1]), daß eine Sache von mittlerer Art und Güte sein könne, trotzdem sie mit einem Mangel behaftet ist. Er führt dafür einige Beispiele an: Zigarren guter Qualität haben ungleichen Brand. Ein gutes Pferd geht jedesmal durch, wenn es ein Kavalleriesignal hört. Doch widerspricht diese Auslegung des § 243, I dem Sprachgebrauch. Wenn das Gesetz bestimmt, daß die Leistung von mittlerer Art und Güte sein müsse, so ist das so zu verstehen, daß die Sache in jeder einzelnen Beziehung von mittlerer Art und Güte sein soll. Es genügt nicht, daß die Sache zwar in einer Beziehung über dem Durchschnitt steht, in einer anderen aber mit einem Fehler behaftet ist[2]). Für diese Ansicht spricht auch § 480, I BGB., der dem Käufer beim Gattungskauf das Recht zuerkennt, statt der mangelhaften eine mangelfreie Sache zu verlangen. Wenn der Nachlieferungsanspruch dem Käufer das Recht auf eine mangelfreie Sache gibt, so muß dieses Recht des Käufers auch schon bei dem ursprünglichen Anspruch aus dem Kauf bestehen. Denn wäre das nicht der Fall, so gäbe der Nachlieferungsanspruch dem Käufer mehr Rechte, als ihm auf Grund des Kaufvertrags zustehen. Das ist aber abwegig. Vielmehr ist der Nachlieferungsanspruch nichts anders als die ursprüngliche Forderung aus dem Kaufvertrag und kein Gewährleistungsanspruch[3]). Daß der Nachlieferungsanspruch ebenso wie die Gewährleistungsansprüche der kurzen Verjährung des § 477 BGB. unterworfen ist, erklärt sich ohne weiteres aus der Erwägung, daß der Verkäufer im Interesse der Verkehrssicherheit über die Ansprüche, die gegen ihn erhoben werden sollen, bald Klarheit haben muß. Wären aber die Gewährleistungsansprüche der Frist des § 477 unterstellt, dagegen der Nachlieferungsanspruch nicht, dann würde er für den Käufer immer noch ein Ausweg und ein letzte Aushilfe sein, trotzdem die Frist zur Geltendmachung der Gewährleistunganspräche längst verstrichen wäre. Damit würde der ganze Zweck des § 477 BGB. illusorisch. Um das zu vermeiden, hat der Gesetzgeber den § 477 BGB. auf den Nachlieferungsanspruch, der der ursprüngliche Kaufanspruch

[1]) Schollmeyer' Jher. Jahrb 49 S. 93 ff.
[2]) so auch Enneccerus, § 336 Anm. 3; a. A.: Oertmann § 480; Staudinger § 480.
[3]) a. A. Hoeninger, L.Z. 1911 S. 578, der das Nachlieferungsrecht für einen Gewährleistungsanspruch hält.

ist, für anwendbar erklärt[1]). Dagegen vertreten andere die Ansicht[2]), daß auch beim Gattungskauf eine Pflicht zur Lieferung mangelfreier Ware nicht bestehe, sondern auch hier lediglich eine Garantiepflicht. In seinen Ausführungen geht Schollmeyer zunächst vom Spezieskauf aus. Hier könne der Gläubiger zwar keine mangelfreie, aber wenn sich die gelieferte Sache als mangelhaft herausstelle, Wandlung, Minderung und unter den Voraussetzungen des § 463 BGB. auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ebenso sei es beim Gattungskauf. Nur käme zu den oben genannten Ansprüchen noch der Nachlieferungsanspruch hinzu. Aber aus diesem Zurwahlstehen von Wandlung, Minderung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung einerseits und dem Nachlieferungsanspruch andererseits ergäbe sich, daß auch der Nachlieferungsanspruch nur ein Gewährleistungsanspruch sei. Der Kaufanspruch beim Gattungskauf sei ebenso behandelt wie beim Spezieskauf und eine Pflicht zur mangelfreien Lieferung bestehe nicht. Die Behandlung der Frage soweit sie den Spezieskauf betrifft, gehört nicht hierher. Aber auch, wenn man mit Schollmeyer die Meinung vertritt, daß der Spezieskauf nicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet, so kann man das doch nicht für den Gattungskauf aufrecht erhalten. Es ist offenbar unrichtig, daß der Kaufanspruch dem Käufer kein Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache, der Nachlieferungsanspruch ihm aber dieses Recht geben soll. Der Nachlieferungsanspruch, der sich auf den Anspruch aus dem Kaufvertrag gründet, kann unmöglich über diesen hinausgehen. Aus dem wahlweisen Nebeneinanderstehen von Wandlung und dem Nachlieferungsanspruch läßt sich die Folgerung Schollmeyers keineswegs ziehen. Das führt also zu dem Ergebnis, daß beim Gattungskauf die Leistungspflicht die Freiheit der Sache von tatsächlichen Mängeln mitumfaßt. Liefert daher der Schuldner bei Wiederholungslieferungen über Gattungssachen eine fehlerhafte Rate, so kann sich d. Gläubiger auf den Standpunkt stellen, daß der Schuldner seiner Verpflichtung noch gar nicht nachgekommen ist. Ebenso kann der Gläubiger die ihm angebotene mangelhafte Rate von vornherein zurückweisen, ohne in Verzug zu kommen. Denn der Schuldner hat die Leistung so, wie sie tatsächlich zu bewirken war, ihm garnicht angeboten. § 294 BGB. Der Gläubiger ist deshalb berechtigt, von dem Verkäufer die Lieferung einer anderen mangelfreien Rate zu verlangen, und zwar geht der Nachlieferungsanspruch direkt auf Lieferung einer mangelfreien Sache, nicht erst auf Zustimmung in den Nachlieferungsanspruch seitens des Verkäufers, so auch Oertmann[3]), der bei den Gewährleistungsansprüchen die Vertragstheorie vertritt, beim Nachlieferungsanspruch den § 465 aber nur entsprechend angewendet wissen will. „§ 465 direkt anzuwenden, wäre sinnwidrig, da hier nach dem Wortlaut des Gesetzes

1) so Oertmann zu § 480 Anm. 2a; Staudinger § 480 Anm. III, 1.; Enneccerus I, 2 § 336; Warneyer § 480 Bem. 1; Planck § 480 Bem. 3; so auch das RG. in dauernder Rechtsprechung; vgl. RG. 79 S. 234; 69 S. 407.
2) Vgl. Schollmeyer in Jher. Jb. 49 S. 93 ff.; Hoeninger L.Z. 1911, S. 578.
3) Oertmann § 480 Anm. 3.

ein unmittelbarer Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware gegeben ist.“ Verlangt also der Gläubiger eine fehlerfreie Rate und liefert der Schuldner bis zum Fälligkeitstermin infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, nicht, so kommt er ohne weiteres mit der Rate in Verzug. Im Gegensatz zu den Gewährleistungsansprüchen, die der Gläubiger erheben kann ohne Rücksicht darauf, ob der Verkäufer die Mängel zu vertreten hat oder nicht, ist für jeden Schuldnerverzug Voraussetzung, daß der Schuldner die nicht rechtzeitige Lieferung zu vertreten hat. Bei der Gattungsschuld hat der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung immer zu vertreten, solange die Leistung aus der Gattung überhaupt möglich ist, gleichgültig, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht (§ 279 BGB.). Zwar ist diese Möglichkeit resp. Unmöglichkeit im wirtschaftlichen Sinne aufzufassen. Nicht nur, wenn die ganze Gattung untergegangen ist, sondern auch dann, wenn die Beschaffung einer mangelfreien Ware so schwierig geworden ist oder mit solchen Kosten verknüpft ist, daß sie nach Treu und Glauben, § 242 BGB., dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann, ist Unmöglichkeit i. S. des § 279 BGB. gegeben. Wenn also nach Kaufabschluß die ganze Gattung im Inland untergegangen wäre, würde man dem Schuldner nicht zumuten können, daß er sich ohne Rücksicht auf den Preis die Sache im Ausland verschafft[1]). Naturgemäß sind aber derartige Fälle selten; vielmehr wird über § 279 BGB. hinaus in den meisten Fällen ein Verschulden des Verkäufers vorliegen, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, § 276 BGB. Verlangt also der Gläubiger statt der fehlerhaften Ware eine mangelfreie Rate, so kommt der Schuldner, wenn er sie bis zum Fälligkeitstermin vertretbar nicht beschaffen kann, in Verzug, denn durch die Lieferung einer fehlerhaften Sache hat der Schuldner seine Pflicht, eine mangelfreie Sache zu liefern, noch gar nicht erfüllt.

§ 7.

Die Wirkungen des Verzuges mit einer Rate auf die Wiederholungslieferungen.

Im Vorangegangenen ist gezeigt worden, daß die Erhebung des Nachlieferungsanspruchs den Schuldner ohne weiteres in Verzug setzt, wenn der Schuldner bis zum Fälligkeitstermin statt der gelieferten mangelhaften nicht eine vertragsmäßige Leistung erbringt und diesen Umstand zu vertreten hat. Da aber der Schuldner in den meisten Fällen nicht vertragsmäßig liefern wird, seien im folgenden die Rechte, die dem Gläubiger aus dem Verzug des Schuldners mit einer Rate erwachsen, näher behandelt. Der Gläubiger kann erstens auf der Leistung bestehen und den Verzugsschaden, der durch die nicht rechtzeitig erfolgte Lieferung entstanden ist, nach § 286 BGB. ersetzt verlangen.

---

[1]) RG. 57 S. 116; 88 S. 63; 97 S. 10.

Die direkte Anwendung von § 286 BGB. auf die einzelnen Raten der Wiederholungslieferung macht keine Schwierigkeiten. Deshalb braucht auf diese Frage nach dem akzessorischen Schadensersatzanspruch nicht näher eingegangen zu werden. Zweitens kann der Gläubiger im Falle des Verzugs mit einer Rate nach Setzung einer angemessenen Frist nach § 326 BGB. Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gesetzliche Rücktrittsrecht und der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sind in den §§ 325, 326 BGB. wahlweise nebeneinander gestellt. Wenn also im folgenden der Kürze wegen nur vom Rücktrittsrecht gesprochen wird, so ist darunter auch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht zu verstehen. Das Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. kann der Gläubiger nach Setzung einer Nachfrist geltend machen, und zwar

a) ohne weiteres hinsichtlich der gerade fälligen Rate allein,

b) und hinsichtlich sowohl der fälligen wie aller noch ausstehenden Raten, § 326 BGB., Abs. I S. 1 und 2,

c) darüber hinaus kann er aber von den bereits erfüllten Raten nur dann zurücktreten, wenn die erfüllten Raten allein infolge des Verzuges für ihn kein Interesse haben, § 326, I S. 3 BGB.

a) Kommt der Schuldner mit einer Rate in Verzug, so ist der Gläubiger berechtigt, die ihm nach § 326, I S. 1 und 2 zustehenden Rechte bezüglich der nicht rechtzeitig gelieferten Rate auszuüben; z.B. der Händler, der von November bis März monatlich 1000 Ztr. Heu an den Gutsbesitzer zu liefern hat, kommt mit der Januarrate in Verzug. Der Gutsbesitzer kann nach Setzung einer Nachfrist dann von der Januarrate zurücktreten. Der Setzung einer Nachfrist bedarf es jedoch nicht, wenn der Gläubiger infolge des Verzugs zum Zweck der ordnungsmäßigen Fortführung seines Betriebes gezwungen ist, sich sofort anderweitig einzudecken. Für diesen besonderen Fall kann der Gläubiger von der fälligen Rate sogar ohne Setzung einer Nachfrist allein auf Grund des eingetretenen Verzuges zurücktreten. Für den Regelfall wird jedoch eine Fristsetzung Voraussetzung des Rücktrittsrechts sein. Dieses Rücktrittsrecht besteht zunächst nur hinsichtlich der gerade fälligen Rate. Daß der Gläubiger ein Rücktrittsrecht bezüglich einer Rate ausüben kann, ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Gesetz, folgt aber aus der selbständigen Natur der Einzelrate. Das ist m. W. auch unbestritten. Daher kann auch der Gläubiger, wenn mehrere Raten hintereinander nicht rechtzeitig geliefert werden, wegen einer Rücktritt und wegen einer anderen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

b) Der Gläubiger kann aber auch bei Verzug mit einer Rate nach Setzung und erfolglosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist Rücktritt von der fälligen und allen zukünftigen Raten verlangen. Wenn wir bei dem obigen Beispiel bleiben (vgl. a.), so kann der Gläubiger bei Verzug mit der Januarrate auch bezüglich der Februar- und Märzrate

zurücktreten. Diese Ansicht, die dem Gläubiger bei Verzug mit einer Rate schlechthin ein Rücktrittsrecht von der fälligen wie von den künftigen Raten gibt, vertritt vor allem das Reichsgericht[1]), und es begründet seine Urteile mit der früheren Praxis und dem Bedürfnis des Verkehrs. Die Entscheidung des Reichsgerichts ist von der Kritik sehr lebhaft angegriffen worden[2]). Nach der Meinung dieser Schriftsteller soll bei Verzug mit einer Rate nicht § 326, I S. 1 u. 2, wie das Reichsgericht entschieden hat, sondern § 326, I S. 3 BGB. anzuwenden sein, sodaß der Gläubiger bezüglich der künftigen Rate nur dann vom Vertrag zurücktreten könne, wenn die zukünftigen Raten ohne die rechtzeitige Leistung der fälligen Rate kein Interesse mehr für ihn habe. Ob nun beim Verzug mit einer Rate § 326, I S. 1 u. 2 oder § 326, I S. 3 anzuwenden ist, ist wohl die wichtigste Streitfrage in der Lehre von den Wiederholungslieferungen, auf die im folgenden näher eingegangen werden soll. Das BGB. regelt im § 326, I S. 1 u. 2 nur den Fall, daß jemand mit einer Gesamtleistung in Verzug kommt und räumt ihm dann das Recht ein, daß er von der ganzen Leistung zurücktreten kann. Im § 326, I S. 3 ist die Lage so, daß ein Teil einer zu dem gleichen Termin fälligen Leistung pünktlich geliefert wird, der andere Teil dagegen nicht. Will der Gläubiger in diesem Fall von dem pünktlich geleisteten Teile zurücktreten, so muß er nachweisen, daß er infolge der Nichtleistung der übrigen auch an den rechtzeitig gelieferten Teilen kein Interesse hat. Dem Wortlaut nach paßt weder die eine noch die andere Bestimmung auf die Wiederholungslieferung; vielmehr hat das Gesetz überhaupt keine Regelung für die Wiederholungslieferungen getroffen. Es ist deshalb zu prüfen, ob Satz 1 und 2 oder Satz 3 den besonderen Verhältnissen bei den Wiederholungslieferungen am nächsten kommt und danach zu entscheiden, welche Bestimmung entsprechend anzuwenden ist. Wie schon bei der Behandlung des § 469 S. 1 BGB. hervorgehoben wurde, besteht zwischen den Raten der Wiederholungslieferungen und den unvollständigen Teilen einer Gesamtleistung ein sehr wesentlicher Unterschied. Diese sind bereits fällig und teilweise ordnungsmäßig erbracht, deshalb ist zum Rücktritt von diesen pünktlich geleisteten Teilen der Nachweis des mangelnden Interesses erforderlich; die Raten des Wiederholungslieferungsvertrages dagegen, derentwegen der Rücktritt geltend gemacht werden soll, sind noch gar nicht fällig, es ist aber zu vermuten, daß sie ebenso wie die augenblicklich fällige Rate überhaupt nicht oder doch wenigstens unpünktlich erbracht werden. In einem Fall ist es also sicher, daß die Teile, derentwegen der Rücktritt erfolgen soll, ordnungsmäßig geliefert sind, im andern dagegen ist es wahrscheinlich, daß die Raten, hinsichtlich deren der Gläubiger zurücktreten will, nicht vertragsmäßig geleistet werden. Wenn es nun der Zweck des Satz 3 ist, zu verhindern, daß der Gläubiger von den fälligen vertragsmäßigen Teilen einer

[1]) RG. 58 S. 419 grundlegend.
[2]) Düringer-Hachenburg. HGB. Bd. II. S. 273 ff.; Jacobi bei Gruchot 50 S. 230; Hachenburg L.Z. 1907 S. 10.

Gesamtleistung zurücktreten kann, an denen er noch ein Interesse hat, trotzdem andere Teile der Gesamtleistung pünktlich erbracht sind, so erscheint das auch durchaus billig. Kauft jemand z.B. 1000 Ztr. Heu und liefert der Verkäufer nur 800 Ztr., so kann der Käufer wegen der 800 Ztr. nicht zurücktreten, denn er hat ja auch noch an den 800 Ztr. Heu ein Interesse. Nur wegen der fehlenden 200 Ztr. kann er zurücktreten. Kauft aber jemand einen Viererzug und liefert der Verkäufer nur drei Pferde, so kann der Käufer in diesem Fall vom ganzen Vertrag zurücktreten, denn er brauchte vier zusammenpassende Pferde. Werden davon aber nur drei geliefert, so hat er an dreien kein Interesse. Daß der Käufer infolge des Verzugs kein Interesse mehr an den pünktlich erfüllten Teilen hat, wird selten sein. Es entbehrt jedoch jeder inneren Berechtigung, daß man den Nachweis des mangelnden Interesses auch dann verlangen will, wenn der Gläubiger nicht von vertragsmäßigen Teilen, sondern von zukünftigen vermutlich nicht vertragsmäßigen Raten zurücktreten will. Wären die zukünftigen Raten sicher ordnungsmäßig, was die gerade fällige nicht war, so wäre es begründet, daß der Gläubiger den Mangel an Interesse an den zukünftigen Raten beweisen müßte, falls er von ihnen zurücktreten wollte. Aber sie werden nicht sicher vertragsmäßig, d. h. pünktlich in brauchbarer Qualität geliefert werden, sondern es besteht gerade im Gegenteil infolge des Verzuges der fälligen Rate die Besorgnis, daß der Gläubiger die ausstehenden Raten nicht pünktlich erhält. Die tatsächliche Lage beim Verzug mit einer Rate der Wiederholungslieferung ist also eine ganz andere, wenn nicht sogar entgegengesetzte wie bei teilweiser Nichterfüllung einer Gesamtleistung, weil es im letzten Fall feststeht, welche Teile vertragsmäßig erbracht sind und welche nicht. Dagegen ist bei Wiederholungslieferungen die fällige Rate nicht vertragsmäßig, und bei den zukünftigen ist zu vermuten, daß sie ebenfalls nicht vertragsmäßig geleistet werden. Wollte man nun den Satz 3, der den Nachweis des mangelnden Interesses an den gegenwärtigen pünktlichen Teilleistungen als Voraussetzung des Rücktritts von ihnen fordert, auch auf künftige, wahrscheinlich unpünktliche oder überhaupt nicht erfolgende Raten anwenden, so fehlte hierfür jeder Zusammenhang mit dem Sinne des Satzes 3. Denn eine innere Berechtigung für den Nachweis des mangelnden Interesses zum Zweck des Rücktritts vom ganzen Vertrag ist nur vorhanden, wenn es sich um den Rücktritt von pünktlich erbrachten Teilen handelt, dagegen nicht, wenn die restlichen Teile wahrscheinlich unpünktlich geleistet werden. Ist beispielsweise eine Heurate nicht pünktlich geliefert worden, so hat der Käufer sicher daran ein Interesse, daß er in Zukunft rechtzeitig Heu für sein Vieh bekommt. Um das Interesse an dem Heu handelt es sich für den Gläubiger auch gar nicht, das Interesse an dem Heu ist nach wie vor vorhanden, aber der Gläubiger befürchtet infolge des Verzugs und der Versäumung der Nachfrist, daß der Schuldner auch die späteren Raten nicht liefert oder wenigstens

nicht pünktlich. Der Gesichtspunkt, der in dieser Lage des Käufers herangezogen werden muß, ist also nicht der des mangelnden Interesses, sondern der der Unsicherheit hinsichtlich der Erfüllung der künftigen Raten. Wollte man Satz 3 auf die künftigen wahrscheinlich unpünktlichen Raten anwenden und den Rücktritt von ihnen vom Nachweis des mangelnden Interesses an ihnen abhängig machen, so wäre das eine rein buchstäbliche Anwendung des Satzes 3, zu der sein Sinn und Zweck keineswegs berechtigt. Zwar will auch Jacobi, wenn er den § 326 Abs. 1 Satz 3 hinsichtlich der künftigen Raten anwendet zu dem gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht, wenigstens für den großen Handelsverkehr kommen durch eine Auslegung des § 325 Abs. 1 Satz 2, auf den § 326 Abs. 1 Satz 3 verweist. § 325 Abs. 1 Satz 2 gibt dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat. Jacobi glaubt den Satz 2 so auffassen zu können, daß der Gläubiger bei Verzug mit einer Rate zum Rücktritt berechtigt sei, wenn er an der Fortsetzung des Vertrages infolge des Verzuges kein Interesse mehr habe. Aber der Fehler in dieser Auslegung liegt darin, daß der Unterschied zwischen dem Mangel des Interesses an einer teilweisen Erfüllung des Vertrages und dem Mangel des Interesses an der Fortdauer des Vertrages übersehen wird. § 325 Abs. 1 Satz 2 gewährt das Rücktrittsrecht von vertragsmäßigen Teilen nur bei Mangel des Interesses an einer teilweisen Erfüllung der Gesamtleistung. Der Mangel des Interesses an der Fortsetzung des Vertrages ist aber etwas Anderes Weitergehenderes und mit der Gefährdung des Vertragszwecks auf eine Linie zu stellen. Wenn man die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 Satz 3 für die künftigen Raten bejaht, was der hier vertretenen Ansicht widerspricht, so kann der Gläubiger von ihnen nur zurücktreten, — das folgende wörtlich — wenn er an einer teilweisen Erfüllung kein Interesse hat, das h. also, wenn der Gläubiger ohne die fällige keine Verwendung für die künftigen Raten hat. Das wird aber sehr selten sein und nur dann eintreten, wenn die Sachen als zusammengehörend verkauft sind und nur alle zusammen für den Käufer Wert haben. Jacobi aber, der den Wortlaut des § 325 Abs. 1 Satz 2, Interesse an einer teilweisen Erfüllung dem Interesse an der Fortsetzung des Vertrages gleichsetzt kommt zu einem ganz anderen Resultat. Bei Verzug kann der Gläubiger nach Jacobi regelmäßig mangels Interesse an der Fortsetzung des Vertrages von den künftigen Raten zurücktreten. Jacobis Auslegung des § 325 Abs. 1 Satz 2 geht also über den Wortlaut weit hinaus. So gelangt er zwar im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht, aber der von ihm eingeschlagene Weg ist nicht zu billigen, da seine Auslegung des § 325 Abs. 1 Satz 2 dem klaren Wortlaut widerspricht.[1]) Die Bestimmungen über den Teilverzug sind vielmehr auf die künftigen Raten überhaupt nicht anwendbar. Aber im Gegensatz zu § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. berechtigt Abs. 1 Satz 1 u. 2

[1]) so auch Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 261, die im übrigen die gleiche Meinung vertreten wie Jacobi.

zu einer entsprechenden Anwendung der Verzugsfolgen auch auf die künftigen Raten. Aus Satz 1 und 2 ist zu folgern, daß der Gläubiger beim Verzug mit einer Rate nach dem Ablauf einer angemessenen Nachfrist berechtigt ist vom Vertrage zurückzutreten. Der Verzug und die erfolglose Fristsetzung gefährden die Erfüllung der noch ausstehenden Raten. Demgegenüber berufen sich Düringer-Hachenburg[1]) auf die Selbständigkeit der einzelnen Raten, die voneinander unabhängig seien und eigene rechtliche Schicksale haben müßten. Mit der Berufung auf die Selbständigkeit ist aber noch keineswegs gesagt, daß diese Eigenschaft der Wiederholungslieferungen beim Verzug von ausschlaggebender Bedeutung sei, vielmehr ist m. E. hier der Gesichtspunkt der Einheit des ganzen Vertrages von viel größerer Wichtigkeit, weil die Nichtleistung einer Rate trotz Fristsetzung die Erfüllung des ganzen Vertrages unsicher macht. Wenn Hachenburg sich darauf beruft, daß Verzug, da er Fälligkeit voraussetze, hinsichtlich der künftigen Raten noch garnicht eingetreten sei, so wird das ohne weiteres zugegeben. Verzug liegt nur hinsichtlich der fälligen Rate vor. Daraus ergibt sich aber keineswegs zwingend, daß der Verzug mit nur einer Rate auch nur Verzugsfolgen hinsichtlich dieser Rate haben könnte. Denn trotzdem bei Wiederholungslieferungen das Erfüllungsgeschäft in einzelne Teile zerlegt ist, stehen diese Teile doch durch den zugrunde liegenden Vertrag in engster Verbindung, sodaß die Nichterfüllung einer Rate auch ihre Wirkungen hinsichtlich des ganzen Vertrages hat. Zwar bestreitet Hachenburg nicht, daß praktische Erwägungen dahin führen könnten, über eine Formallogik hinaus bei Verzug mit einer Rate die Verzugsfolgen auch auf mehrere Raten der Wiederholungslieferungen zu erstrecken, aber er fordert dann eine positive Bestimmung des Gesetzes. Doch kann m. E. das Fehlen einer derartigen Bestimmung nicht dahin ausgelegt werden, daß das Gesetz die Ausdehnung der Verzugsfolgen auf die zukünftigen Raten nicht gewollt habe. Mit formal-logischer Beweisführung ist der Frage garnicht beizukommen, denn, rein logisch betrachtet, ist es ebensogut möglich, daß Teilverzug nur Folgen bezüglich des Teils, als daß Teilverzug auch Folgen hinsichtlich des ganzen Vertrages hat. Denn jede Rate bleibt doch Teil des ganzen Vertrages, und jeder Verzug ist immer eine Verletzung des Wiederholungsliefervertrages. Maßgeblich kann also nicht eine formale Logik sondern nur der Sinn des Gesetzes sein. Daß § 326, I S. 3 BGB. seinem Sinn und Inhalt nach nicht zur Beurteilung der Frage des Rücktritts bezüglich der zukünftigen Raten der Wiederholungslieferungen herangezogen werden kann, wurde versucht auszuführen. Deshalb ist von Satz 1 und 2 auszugehen. Wenn Satz 1 und 2 dem Gläubiger das Recht einräumen, nach Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurückzutreten, so hat diese Setzung der Nachfrist den Zweck, dem Schuldner ein letztes Ultimatum zu stellen. Dem Gläubiger kann nicht zugemutet

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 273.

werden, auf unabsehbare Zeit darüber in Ungewißheit zu sein, ob und wann der Schuldner schließlich liefern wird; denn nachdem der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit nicht geliefert hat, muß der Gläubiger ernstliche Befürchtungen wegen der Erfüllung des Vertrages haben. Das Gesetz will also durch die Setzung der Nachfrist die Ungewißheit, die der Gläubiger nach dem Verzug hinsichtlich des Vertrages hat, beseitigen und räumt ihm deshalb nach erfolglosem Ablauf der Frist das Rücktrittsrecht ein. Bei den Wiederholungsleistungen besteht etwa nicht nur Ungewißheit über die Lieferung der fälligen Rate, sondern auch über die zukünftigen Raten. Denn wenn der Schuldner auch während der Nachfrist die fällige Rate nicht liefert, so ist das ganze Vertragsverhältnis erschüttert, und dem Gläubiger muß das Recht zustehen, vom ganzen Vertrag zurückzutreten. Daß diese Auslegung des § 326, I S. 1 und 2 richtig ist, zeigt sich auch bei der Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 326 und des Rechts der Wiederholungslieferungen überhaupt[1]). In seinem Urteil vom 28. Februar 1849 nimmt das Königliche Obertribunal[2]) Bezug auf § 230, I. 11 des ALR:

> „Der Verkäufer kann, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgelds, welche er bei der Uebergabe bar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern, und den Kontrakt aufheben".

Es entscheidet: Den Kontrakt kann bei Verzug des Käufers der Verkäufer bei Wiederholungslieferungen auch aufheben — das folgende wörtlich —, „wenn schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung stattgefunden haben, die Nichtleistung der Zahlung bei einer späteren Teilleistung sich ereignet und der Verkäufer den Vertrag in Beziehung auf die noch nicht bewirkten Raten aufheben will". In dieser Entscheidung kommt schon ganz deutlich der Gedanke zum Ausdruck, der sich für die Folgezeit auch durchsetzte, daß bei Wiederholungslieferungen der Verzug mit einer Rate auf der Seite des Schuldners dem Gläubiger das Recht gibt, von den noch ausstehenden Raten zurückzutreten. Bei den Beratungen der kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen, betreffend den Entwurf eines HGB. für die preußischen Staaten, war man auch darüber einig. Man stritt nur darüber, ob auch je nach der Art des Vertrages die schon erfüllten Raten von der Aufhebungswirkung miterfaßt werden sollten[3]). Diese Ansicht, die besonders von den Juristen vertreten wurde, konnte sich jedoch damals nicht durchsetzen. In den §§ 250 — 252 des Entwurfs eines HGB. f. d. preußischen Staaten, die das Ergebnis dieser Beratungen darstellen, wurde bei Verzug des Schuldners dem Gläubiger soweit die Sache teilbar war, nur das Recht eingeräumt, bezüglich der ausstehenden Teile zurückzutreten. In den

[1]) Im wesentlichen bin ich hier den Ausführungen von Müller in Gruchot 50, S. 519 ff und Esser S. 40 ff gefolgt.
[2]) Entscheidung 19 S. 144.
[3]) Protokolle über die Beratung mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen betr. den Entwurf eines HGB. f. d. preußischen Staaten, S. 62.

Verhandlungen der Nürnberger Kommission betreffs den Entwurf eines allgemeinen Deutschen HGB. ging man auf die oben hervorgehobene Spezialfrage nicht ein[1]. § 252 des preußischen Entwurfs wurde nur in seinem Wortlaut verändert, Art 359 des AHGB., der, soweit er hier interessiert, wiedergegeben sei:

> „Wenn die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist, so kann das Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrag nur in betreff des von dem anderen Kontrahenten nicht erfüllten Teiles des Vertrages erfolgen".

Aus der Entstehungsgeschichte des § 359 ergibt sich klar, daß bei Verzug der Gläubiger nicht nur von der fälligen, sondern auch von den zukünftigen Raten zurücktreten konnte, soweit die Leistung teilbar war. Art. 359 war die Ausnahme von Art. 354, 355. Diese gestatteten es dem Gläubiger bei Verzug des Schuldners ohne weiteres vom ganzen Vertrag zurückzutreten. Art. 359 schränkte diese Bestimmung insoweit ein, daß bei Teilbarkeit der Leistung nur die noch ausstehenden, nicht aber die bereits erfüllten Teile von dem Rücktritt erfaßt werden sollten. Diese Auffassung haben das Königliche Obertribunal[2]), das Reichsoberhandelsgericht[3]) und das Reichsgericht[4]) in dauernder Rechtsprechung vertreten. In der Literatur war diese Ansicht zwar nicht unbestritten[5]), doch schloß sich die h. M. der Rechtsprechung der obersten Gerichte an. Bei der Begründung des BGB. wurden die Verzugsbestimmungen des AHGB. in das BGB. übernommen. Aus den Art. 354 und 355 wurde § 326, I S. 1 u. 2 BGB. Art. 359 ging ebenso in das BGB. über. Die Denkschrift zum Entwurf eines neuen HGB. sagt darüber S. 42:

> „Auch der Artikel 359 AHGB. ist in den Entwurf nicht mitaufgenommen, da in der gedachten Beziehung künftig die Vorschrift des BGB. § 326, I S. 3 Anwendung findet".

Somit müßte bei Verzug die rechtliche Lage nach BGB. nicht anders sein als nach dem Rechte des AHGB. Bei Verzug kann der Gläubiger grundsätzlich vom ganzen Vertrage zurücktreten. Bei Teilbarkeit der Leistung jedoch nur von den noch nicht erfolgten Teilleistungen. Hier ergibt sich allerdings ein Unterschied. Art. 359 AHGB. folgte der Anschauung der Kaufleute, § 326, I S. 3 folgt der Ansicht der Juristen. Die Kaufleute wollten verhindern, daß die schon erfüllten Teile eines Vertrages wieder rückgängig gemacht werden könnten. Die Juristen lassen das zu, wenn der Gläubiger infolge des Verzuges auch an den schon erfüllten Teilen kein Interesse mehr hat. Die Juristen gehen also weiter als die Kaufleute, aber darüber sind sich beide Meinungen einig,

---

[1]) Vgl. Protokolle d. Kommission zur Beratung eines allgemeinen Deutschen HGB. Nürnberg 1857, S. 592-607 u. S. 1399-1405.
[2]) Urteil v. 1. 12. 64 u. v. 7. 12. 64; Busch, Arch. 7, 286, 292.
[3]) ROHG. 2 S. 84; 9 S. 59; 13 S. 104; 16, S. 193, 202.
[4]) RG. 4 S 54; 13 S. 105.
[5]) Pauli, Neues Arch. f. HR. 3 S. 167: Lamprecht, Busch Arch. 26 S. 135-138; Dreyer, ebda. 37 S. 199-216.

daß der Verzug mit einer Rate dem Gläubiger das Rücktrittsrecht hinsichtlich aller zukünftigen Raten gibt. Wenn § 326, I S. 3 das Rücktrittsrecht sogar von dem ordnungsmäßig geleisteten Teil zulassen will, allerdings unter ganz besonderen Voraussetzungen, so geht aus der ganzen Entstehungsgeschichte des § 326 hervor, daß das Gesetz bei Verzug das Rücktrittsrecht bezüglich der ausstehenden unsicher gewordenen Raten für selbstverständlich hält. Aber selbst dann, wenn man annimmt, daß die Gründe, die für die entsprechende Anwendung von Satz 1 und 2 angeführt wurden, nicht durchschlagend seien, so könnte das vollständige Fehlen irgendeiner Regelung des Verzugs für die Wiederholungslieferungen als eine Billigung der früheren Rechtsprechung angesehen werden. Hätte das Gesetz beabsichtigt, die Folgen des Verzuges mit einer Rate entgegen dem bis dahin geltenden Recht gerade auf die eine Rate zu beschränken, so hätte er auch eine entsprechende Bestimmung für die Wiederholungslieferungen in das BGB. hineingesetzt. Da das aber nicht zutrifft, muß also auch der, der die Anwendbarkeit des § 326, I S. 1 u. 2 auf die Wiederholungslieferungen verneint, zu dem Ergebnis kommen, daß Verzug mit einer Rate die Rücktrittswirkungen bezüglich sämtlicher ausstehender Raten bewirkt. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß in der hier behandelten Frage die ständig gleichbleibende Rechtsprechung des Reichsgerichts[1]) und der unteren Gerichte, die sich ihm angeschlossen haben, ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, das ebenbürtig neben dem geschriebenen Recht steht, ja sogar altes geschriebenes Recht vernichten kann. Das Ergebnis, daß bei Verzug mit einer Rate der Gläubiger auch von den zukünftigen Raten zurücktreten kann, ist auch durchaus billig. Es soll zwar nicht bestritten werden, daß in einzelnen Ausnahmefällen in diesem Ergebnis eine Härte für den Schuldner liegen kann. Das ist jedoch durch die besondere Regelung des Verzugs im Gesetz begründet und wird ebenso bei Einzellieferungsverträgen wie bei Wiederholungslieferungen der Fall sein; denn das Gesetz macht die Verzugsfolgen nicht davon abhängig, daß im einzelnen Fall die Schwere der Vertragsverletzung zu prüfen ist, sondern es stellt im Interesse der Rechtssicherheit die starre Rechtsregel auf, daß bei Verzug der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist einfach zurücktreten kann. Aber trotz alledem werden derartige Fälle, die für den Schuldner eine Härte enthalten, äußerst selten sein. Denn bevor der Gläubiger zurücktreten kann, muß erstens Verzug eingetreten sein und zweitens auch die gesetzte angemessene Nachfrist abgelaufen sein. Der Verzug seinerseits setzt wieder ein vertretbares Verhalten und in sehr vielen Fällen eine Mahnung voraus. Wenn also der Schuldner trotz Mahnung Verzug und Fristsetzung vertretbar, sogar in den meisten Fällen schuldhaft nicht leistet, so trifft ihn die Rückgängigmachung des Vertrages keineswegs unvorbereitet. Deshalb kann nicht zugegeben werden, daß das Ergebnis in vielen Fällen unbillig sein soll, wie Hachenburg behauptet. Betrachten wir das von ihm L. Z.

[1]) RG. 58 S. 419 ff. grundlegend. RG. 61 S. 130; RG. in DJZ. 08 S. 78; Gruchot 54 S. 911; Warneyer 17 S. 119, 365.

1907 S. 14 herangezogene Beispiel, das er anführt, um darzutun, daß die hier vertretene Meinung unbillig sei: Ein Zwischenhändler verkauft an eine Bäckerei ein größeres Quantum Mehl, Fabrikat einer bestimmten Mühle, lieferbar während des ganzen Jahres in Monatsraten. Wenn nun infolge eines Streiks, der in der Mühle ausbricht, der Händler eine Monatsrate nicht liefern kann, so kann der Bäcker entgegen der Ansicht von Hachenburg keineswegs zurücktreten. Es liegt auf Seiten des Händlers gar kein Verzug vor, da er die Nichtleistung nicht zu vertreten hat. Verschulden des Händlers an dem Streik ist nicht vorhanden, ebensowenig hat der Händler die Nichtleistung nach § 279 BGB. zu vertreten. Die Verpflichtung zur Lieferung des Mehls einer bestimmten Mühle ist eine beschränkte Gattungsschuld. Da aber auf dieser Mühle gerade gestreikt wird, ist die Lieferung von Mehl gerade dieser Mühle objektiv unmöglich. Ebensowenig ist das zweite Beispiel Hachenburgs auf S. 16 durchschlagend. Wenn der Verkäufer eine Ware liefert, die der Käufer als nicht ordnungsmäßig zurückweist, so kann der Käufer eine andere vertragsmäßige Ware verlangen. Kann der Verkäufer diese bis zum Fälligkeitstermin nicht mehr rechtzeitig erbringen, so kommt der Verkäufer zwar in Verzug, aber der Gläubiger hat noch keineswegs das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, vielmehr besteht diese Möglichkeit erst dann, wenn eine gesetzte angemessene Frist erfolglos verstrichen ist. Diese ist im vorliegenden Beispiel noch gar nicht abgelaufen. Endlich macht Hachenburg geltend, daß der Gläubiger auf Kosten des Schuldners spekulieren könne, wenn man ihm die Entscheidung darüber überließe, ob er nur von der gerade fälligen oder auch von den zukünftigen Raten zurücktreten wolle. Auch das kann nicht zugegeben werden. Natürlich hat der Gläubiger der Sachleistung, wenn die Ware im Preis gefallen ist, ein Interesse daran, vom Vertrag loszukommen, da ihm die Ware jetzt anderweitig billiger zur Verfügung steht. Jede Gelegenheit, auf irgend eine Art vom Vertrag loszukommen, wird er gern benutzen. Aber wenn der Vertrag infolge von Konjunkturschwankungen jetzt dem einen Kontrahenten lästig ist, so ist er für den anderen umso günstiger. Der Preis der Ware ist gefallen, da das Angebot groß ist. Der Schuldner der Sachleistung hat es also sehr leicht, sich die geschuldete Sache zu beschaffen. Dazu hat er einen guten Gewinn an der Preisdifferenz. Genießt er solche Vorteile, so hat er erst recht die Verpflichtung, den Vertrag besonders gut und pünktlich zu erfüllen, und dem anderen Teil kann nicht zugemutet werden, daß er einmal die Ware sehr teuer bezahlt und sich außerdem noch eine vertragswidrige Lieferung gefallen lassen muß. Im übrigen hat aber gerade auch der Sachschuldner dann ein Interesse daran, seine Pflicht pünktlich zu erfüllen, um den ihm günstigen Vertrag reibungslos fortsetzen zu können. Schließlich sei noch gegen die Ausführungen von Hachenburg, daß der Gläubiger auf Kosten des Schuldners spekulieren könne, angeführt, daß beim gewöhnlichen Lieferungsvertrag die gleiche Lage eintreten kann. Wird zwischen Kaufabschluß und der Erfüllung des Geschäftes die Ware

billiger so möchte der Käufer jetzt gern von dem für ihn ungünstigen Vertrage los. Eine Besonderheit der Wiederholungslieferungen in dieser Beziehung ist also nicht vorhanden. In diesem Zusammenhang erfordert noch ein besonderes Eingehen der Fall des § 454 BGB. „Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das in §§ 325 und 326 BGB. bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu." Derartige Fälle des Kreditkaufs, bei dem die Zahlung für die Ware erst später erfolgt, sind sehr häufig und im Wirtschaftsleben von besonderer Bedeutung. In vielen Fällen vereinbart der Käufer mit seinem Verkäufer, daß die Zahlung der Ware erst nach einer bestimmten Frist erfolgen soll, da der Käufer hofft, die Ware bis dahin seinerseits wieder verkauft zu haben, und dann zahlen zu können. Wie wirkt sich nun die Bestimmung des § 454 BGB. auf die Wiederholungslieferungen aus? Zwei Möglichkeiten bestehen. Der Gläubiger kann, soweit der Tatbestand von § 454 vorliegt, ein Rücktrittsrecht überhaupt nicht ausüben, oder er kann zwar bezüglich der künftigen, aber nicht hinsichtlich der gestundeten Rate zurücktreten. Auf den richtigen Weg weist hier der Zweck des § 454 BGB. § 454 ist eine Spezialvorschrift, die im Interesse des Käufers erlassen ist. Wenn der Verkäufer die Sache übergibt und den Kaufpreis stundet, wird der Käufer die Sache in den meisten Fällen schon vor dem Zahlungstermin verbraucht, weiter verkauft, mit seinen Sachen vermischt, bearbeitet oder jedenfalls schon in Gebrauch genommen haben, so daß es nun sehr unbillig für den Käufer wäre, wenn er die Sache wieder zurückgeben müßte. Aus diesem Gedankengang des Gesetzgebers heraus wird es klar, das § 454 das Rücktrittsrecht im Interesse des Käufers nur bezüglich der bereits erfüllten Raten ausschließen will. Die künftigen sind weder erfüllt noch gestundet, daher kann der Verkäufer bei Verzug mit der Gegenleistung von den noch nicht erfüllten Raten zurücktreten. § 454 BGB. schließt jedoch nur das Rücktrittsrecht, nicht auch den Schadensersatzanspruch hinsichtlich der geleisteten Raten aus. Doch kommt hier dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung keine praktische Bedeutung zu. Denn nachdem der Verkäufer erfüllt hat, besteht sein Schadensersatzanspruch nur in dem Kaufpreisplus dem akzessorischen Schadensersatzanspruch nach § 286 BGB.

c) Wenn wir oben ausgeführt haben, daß Verzug mit einer Rate dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht nicht nur hinsichtlich der fälligen, sondern nach seiner Wahl auch der zukünftigen Raten gibt, so hat er ein Rücktrittsrecht bezüglich der vertragsmäßig erfüllten Raten nicht ohne weiteres. Hier findet § 326, I S. 3 BGB. Anwendung. Bei den bereits erfüllten Raten steht es fest, daß sie vertragsmäßig geliefert sind. Den Rücktritt aber von vertragsmäßigen Teilleistungen will Satz 3 für den Regelfall verhindern und gibt das Recht zum Rücktritt von den vertragsmäßig erfüllten Teilleistungen nur dann, wenn infolge des Verzugs einer Teilleistung der Gläubiger anch die ordnungsmäßig erfüllten

Teile nicht mehr gebrauchen kann. Satz 3 trifft also auf die bereits erfüllten Raten zu; das ist m. W. auch unbestritten.

Wahlweise neben dem Rücktritt hat der Gläubiger nach § 326 BGB. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Auf diesen wichtigen Anspruch muß hier noch näher eingegangen werden, denn über sein Wesen herrscht lebhafter Streit. Nach der Austausch- oder Surrogationstheorie bleibt, nachdem eine Partei den Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht hat, das Verhältnis des gegenseitigen Vertrages unverändert bestehen. Nur tritt an die Stelle der nicht pünktlich erfolgten Leistung der Anspruch auf Schadensersatz. Beide Parteien behalten aber ein Recht auf Leistung. Demgegenüber führt die Differenztheorie aus, daß der Schadensersatzanspruch nicht nur an Stelle der nicht pünktlich erfüllten Leistung trete, sondern das gesamte gegenseitige Schuldverhältnis in einen einseitigen Schadensersatzanspruch umgewandelt werde. Es besteht dann nicht mehr bei beiden Vertragsteilen die Pflicht zur Leistung, sondern nur die Partei, die vertretbar nicht pünktlich ihre Verpflichtung erfüllt hat, ist zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Das gemeine Recht stand auf dem Boden der Austauschtheorie. Ein Teil der Literatur hält auch für das BGB. an ihr fest[1]), während das Reichsgericht und die herrschende Meinung die Differenztheorie vertreten[2]). Der Wortlaut des § 326 spricht weder für die eine noch für die andere Theorie. Ohne im Rahmen der vorliegenden Arbeit auf die einzelnen Gründe, die für oder gegen jede der beiden Theorien sprechen, eingehen zu können, schließen wir uns grundsätzlich der Differenztheorie an. Gerade der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei Wiederholungslieferungen ist ein Gesichtspunkt der für die Differenztheorie spricht. Wollte man den Schadensersatzanspruch bei Wiederholungslieferungen nach der Austauschtheorie konstruieren, so würde das zu einem sehr unbilligen Ergebnis für den Gläubiger führen, der den Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat. Gehen wir von einem Beispiel aus. Ein Gaswerk hat mit einer Kohlenfirma einen Vertrag auf zwei Jahre abgeschlossen auf Lieferung von monatlich 10000 Ztr. Kohlen zu einem fest bestimmten Preis. Nach einem halben Jahr kommt die Kohlenfirma ihren Verpflichtungen nicht mehr nach. Das Gaswerk, das günstig abgeschlossen hat, verlangt nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der noch ausstehenden Raten. Nach der Austauschtheorie wandelt sich der Lieferungsanspruch des Gaswerks zwar in einen Schadensersatzanspruch um, aber das gegenseitige Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bleibt bestehen. Das Gaswerk könnte infolgedessen nicht sofort Schadensersatz hinsichtlich des nicht erfüllten Rests des Vertrags verlangen, sondern nur achzehnmal das jeweilige Interesse am Fälligkeitstermin jeder Einzelrate; denn

[1]) Crome BGB. II S. 181, 3 a u. Anm. 41; Endemann, 1903, S. 706; Oertmann, 1928, S. 281/2; Planck, Komm. § 325, 3a; Schollmeyer § 325, Nr. 2 § 326 Nr. 3a; Titze S. 183; Kisch S. 96 ff.

[2]) Die Differenztheorie vertreten Cosack § 157 I, 1a; Düringer-Hachenburg III S. 124; Goldmann-Lilienthal I S. 384; Müller bei Gruchot 50 S. 514 ff.; Staub, Anhang zu § 374 Anm. 24 ff.; RG. 50 S. 262; 57 S. 106; 58 S. 177; 61 S. 87; 66 S. 66; OLG. 2 S. 217; 4 S. 222

die Raten sind noch garnicht fällig, es steht also auch die Höhe des Schadens noch gar nicht fest. In jedem Monat kann sich der Kohlenpreis jedesmal erheblich geändert haben. Die Austauschtheorie würde daher dazu führen, daß der vertragstreue Teil anderthalb Jahre an den unsicheren Partner gebunden ist, der ihm naturgemäß fortgesetzt Schwierigkeiten machen wird und den Gegner zwingt, in einzelnen Monatsraten seinen Kohlenbedarf zu decken, was ja das Gaswerk durch den Abschluß des Vertrags auf die Wiederholungslieferungen gerade vermeiden wollte[1]). Dieses Ergebnis wäre durchaus unbillig und wiederspräche gerade dem Zweck der Wiederholungslieferungen, gleichmäßige Erfüllungsraten zu gewährleisten. Anders die Differenztheorie. Das Vertragsverhältnis wandelt sich nach ihr in einen einseitigen Schadensersatzanspruch des vertragstreuen Teils um. Den entstandenen Schaden stellt der Gläubiger dann fest, und zwar entweder konkret, indem er einen neuen Vertrag auf Wiederholungslieferungen mit gleichem Inhalt und Fälligkeitstermin wie den ersten abschließt oder abstrakt, indem er die Differenz berechnet, die zur Zeit des Verzugs zwischen einem Wiederholungsliefervertrag nach dem Marktpreis und dem geschlossenen Vertrag bestand. Diesen Schaden in seiner Gesamtheit kann der Gläubiger sofort ersetzt verlangen. Nach seiner Zahlung erlischt das Schuldverhältnis. Es zeigt sich also hier ganz deutlich, daß allein die Differenztheorie dem Bedürfnis des Verkehrs nach Rechtsicherheit Rechnung trägt, während die Austauschtheorie, praktisch durchgeführt, sich als verkehrshemmend erweist.

IV. Teil.

Positive Forderungsverletzung.

§ 8.

Der akzessorische Schadensersatzanspruch.

Wenn der Gläubiger bei Schlechterfüllung von Wiederholungsleistungen Mängelansprüche und auf dem Umweg von § 480 BGB. die Rechte aus Verzug geltend machen kann, so sind damit seine Ansprüche noch keineswegs erschöpft. Die Schlechterfüllung vertragsmäßig geschuldeter Leistungen stellt sich auch als positive Vertragsverletzung dar. Die Lehre von der positiven Vertragsverletzung oder besser, wie Enneccerus vorgeschlagen hat, positive Forderungsverletzung ist im BGB. nicht geregelt, sondern erst durch die Rechtswissenschaft entwickelt worden. Staubs[2]) Verdienst ist es, die Anregung zu dieser Lehre gegeben und die Grundlinien für eine den Bedürfnissen des Rechtslebens entsprechende Lösung vorgeschlagen zu haben. Er geht davon aus, daß nach § 286 BGB. dem Gläubiger der Schuldner den

[1]) Vgl. dazu die Ausführungen bei Esser, S. 35/36, denen ich im wesentlichen gefolgt bin.
[2]) Staub, die positiven Vertragsverletzungen, 1904.

durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Der Gesetzgeber wolle also denjenigen, der durch sein negatives Verhalten die dem anderen Teile zustehenden Rechte verletzt, für den entstandenen Schaden verantwortlich machen. Derselbe Gedanke tritt uns auch aus § 280 BGB. entgegen, nach dem der Schuldner den Schaden ersetzen muß, der durch eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit hervorgerufen worden ist. Man hat scheinbar bei der Abfassung des BGB. geglaubt, daß alle Fälle einer schuldhaften Verletzung von Forderungen damit geregelt seien. Das trifft aber keineswegs zu. Denn es gibt im Rechtsleben eine große Anzahl von Fällen, in denen jemand durch positive Handlungen Forderungen eines anderen verletzt. Es handelt sich dann, so unterscheidet Staub, entweder um den Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht oder um die Schlechterfüllung einer Leistung. Da die Behandlung des ersten Punktes außerhalb des Rahmens dieser Arbeit steht, wird sich die Behandlung auf die Schlechterfüllung einer Verpflichtung beschränken. Unter positiver Forderungsverletzung wird im folgenden daher nur diese zu verstehen sein. Da das BGB. eine dem negativen Verhalten des Schuldners bei Unmöglichkeit und Verzug entsprechende Regelung für die positive Forderungsverletzung nicht kennt, eine solche entsprechende Regelung aber nach dem rechtlichen Empfinden unbedingt erforderlich erscheint, sehen wir uns hier vor einer Lücke im Gesetz[1]). Dafür zwei Beispiele. Ein Händler liefert fahrlässigerweise einem Bauern ein krankes Stück Vieh, das die Tiere des Käufers ansteckt. Oder ein Gesellschafter, der zur Aufstellung der Bilanz verpflichtet ist, stellt fahrlässig eine Bilanz auf, die die Verhältnisse der Gesellschaft günstiger darstellt, als sie in Wirklichkeit sind, und veranlaßt dadurch die Gesellschaft zum Abschluß von Geschäften, die sie bei Kenntnis des richtigen Vermögensstandes nicht vorgenommen hätte. Wenn durch dieses fahrlässige Handeln ein Schaden entsteht, sollte dann nicht eine Schadensersatzpflicht seitens des Händlers bezw. des Gesellschafters gegeben sein? Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) reichen hier nicht aus. Eine allgemeine Schadensersatzpflicht für schuldhaft rechtswidrige Handlungen besteht nicht, sondern die §§ 823 ff. legen sie nur für besondere eng abgegrenzte Tatbestände fest. So haftet in dem zweiten Beispiel der fahrlässig handelnde Gesellschafter nicht aus unerlaubter Handlung. Daß eine Schadensersatzpflicht aus schuldhafter Forderungsverletzung notwendig ist, wird auch kaum noch bestritten. Streit herrscht nur über ihre Begründung. Man hat versucht, die Schadensersatzpflicht direkt aus § 276 BGB. herzuleiten. Diesen Standpunkt vertritt vor allem das Reichsgericht in dauernder Rechtsprechung[2]). Soweit § 276 hier interessiert, spricht er nur aus, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe, nicht aber, daß, wer vorsätzlich oder fahrlässig handele, dem anderen Teil schadensersatzpflichtig sei. Daß

[1]) a. A. Planck § 325, Erl. 4; Planck glaubt alle Fälle positiver Forderungsverletzung entweder unter Unmöglichkeit oder Verzug bringen zu können.
[2]) z. B. RG. 52. S. 18; 53 S. 200; 56 S. 169; 62 S. 121; 65 S. 17; 66 S. 12 usw.

der Begriff „hat zu vertreten" einer Schadensersatzpflicht nicht ohne weiteres gleich steht, zeigt auch die Tatsache, daß das Gesetz in den §§ 459, 462 BGB. von „vertreten" spricht, wo zweifelsohne eine Schadensersatzpflicht nicht in Frage steht. § 276 stellt nur den Haftungsgrund, nicht aber auch das Haftungsmaß fest. Schon seine Stellung im Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse zeigt dies an. Der Gesetzgeber hat den Begriff des Verschuldens dahin gestellt, um ihn an verschiedenen späteren Stellen wieder gebrauchen zu können. Bestimmte schon der § 276 das Haftungsmaß, so wäre sowohl § 280 wie § 286 BGB. überflüssig. Unmittelbar aus § 276 kann eine Schadensersatzpflicht m. E. nicht gefolgert werden. Weiterhin haben einige versucht, die Vorschriften über Unmöglichkeit direkt auf die positive Forderungsverletzung anzuwenden, weil sie diese für eine Unmöglichkeit halten. Goldmann-Lilienthal[1]) argumentieren folgendermaßen: „Die Unmöglichkeit sei in mehrerer Hinsicht denkbar, indem sie sich a) auf den Gegenstand, b) auf die Zeit und c) auf den Ort der Leistung beziehe. Die Unmöglichkeit hinsichtlich des Ortes bleibt hier außerhalb der Betrachtung. Wird die Leistung mangelhaft erbracht, so soll Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit vorliegen. Zwar sei durch mangelhafte Erfüllung die Leistung einer fehlerlosen Sache nicht für immer unmöglich, aber zur Zeit der Fälligkeit sei sie jedenfalls unmöglich gewesen. Erstens trifft das für alle Fällle nicht zu. Stellt der Gesellschafter die Bilanz, die er innerhalb des ersten Quartals im Jahre aufzustellen verpflichtet ist, bereits bis zum 15. Februar, aber fahrlässigerweise unrichtig auf und trifft nun die Gesellschaft auf diese Bilanz hin ihre Dispositionen, die auf eine zu günstig angegebene Vermögenslage aufgebaut sind, so kann der Gesellschaft ein erheblicher Schaden entstehen. Trotzdem ist es aber durchaus möglich, daß der bilanzverpflichtete Gesellschafter die Bilanz noch richtig bis zum 31. März fertigstellt. In allen Fällen, in denen die mangelhafte Leistung bereits vor Fälligkeit erbracht wird und dann einen Schaden verursacht, ist es dem Schuldner durchaus möglich, bis zum Fälligkeitstermin eine fehlerlose Leistung zu erbringen. Aber auch davon abgesehen, daß die Lehre von Goldmann-Lilienthal nicht für alle Fälle der positiven Forderungsverletzung, wie gezeigt, zutrifft, ist sie auch unrichtig. Goldmann-Lilienthal betrachten die Schlechtleistung als zeitweise Unmöglichkeit. Auf diese zeitweise Unmöglichkeit wollen sie die Unmöglichkeitsvorschriften des BGB anwenden. Damit würden Goldmann-Lilienthal die sämtlichen Vorschriften über den Verzug für überflüssig erklären. Wenn die nicht rechtzeitige Leistung vom Gesetz als Unmöglichkeit angesehen würde, wäre eine besondere Regelung des Verzuges nicht mehr angebracht. Der Gesetzgeber macht aber einen Unterschied, ob der Schuldner die Leistung überhaupt nicht mehr bewirken kann, oder ob er sie zwar bewirken kann, sie jedoch verzögert. Unter Unmöglichkeit im gesetzestechnischen Sinne wird also nur die

[1]) Goldmann-Lilienthal S. 333 ff.

Unmöglichkeit hinsichtlich des Gegenstandes zu verstehen sein, nicht die Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit. Diese hat das Gesetz mit den Vorschriften über den Verzug besonders geregelt. Goldmann-Lilienthal haben also den Begriff „Unmöglichkeit" zu weit ausgedehnt und etwas hineinlegen wollen, was in ihn nicht paßt. Ihre Lehre ist deshalb abzulehnen. Einen anderen Versuch, jede positive Forderungsverletzung zur Unmöglichkeit zu stempeln, unternimmt Schoeller[1]). Er stellt neben die Leistungspflicht eine besondere Unterlassungspflicht. Durch die Schlechtleistung verletze der Schuldner die Pflicht, vertragswidrige Leistungen zu unterlassen und mache diese Unterlassungspflicht dadurch unmöglich. Diese Beweisführung erscheint sehr „geschraubt und gekünstelt"; sie ist aber auch unrichtig. Wenn Staub dagegen ausführt, daß Unmöglichkeit eine Leistungspflicht und keine Unterlassungspflicht voraussetze, so kann dem nicht zugestimmt werden[2]). Gegen Staub spricht der klare Wortlaut des § 241 BGB., der ausdrücklich feststellt, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Auch wenn die Pflicht auf eine Unterlassung geht, kann sie unmöglich werden. Dann ist aber diese Unterlassungspflicht der ganze Inhalt der Forderung. Anders ist es bei der von Schoeller konstruierten Unterlassungspflicht. Sie ist nur eine ganz unselbständige Nebenverpflichtung, nicht durch die Vereinbarung der Parteien ist sie entstanden, sondern sie beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Wenn diese Nebenverpflichtung aber unmöglich wird, bleibt die Hauptverpflichtung deshalb nach wie vor möglich, und nur auf diese kommt es an. Die Leistung mangelfreier Waren ist der Vertragsinhalt, und dieser ist möglich. Ob die Nebenpflicht möglich ist oder nicht, ist unwichtig, soweit es sich darum handelt, daß auf sie die Vorschriften der Unmöglichkeit Anwendung finden sollen. Die Verletzung einer Nebenpflicht kann wohl eine positive Forderungsverletzung sein aber keine Unmöglichkeit, solange die Hauptverpflichtung möglich ist. Eine positive Forderungsverletzung ist also etwas anderes als eine Unmöglichkeit. Schoellers Beweisführung geht unrichtigerweise davon aus, daß er eine Nebenverpflichtung zur Hauptpflicht machen will, die sie nun einmal nicht ist. Der Versuch, positive Forderungsverletzungen als Unmöglichkeit zu betrachten, kann daher als geglückt nicht angesehen werden. „Die vertragswidrige Leistung beweist weder noch bewirkt sie notwendig eine Unmöglichkeit". Silber will deshalb aus den beiden §§ 280 und 286 zu einer Lösung kommen. Nach seiner Ansicht hat jede positive Forderungsverletzung entweder Unmöglichkeit oder Verzug zur Folge. Das schuldhafte positive Tun sei nie eine vollständige Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung und mache ihn für das rechtzeitige Unterbleiben der Leistung ersatzpflichtig. Aber es gibt erstens auch schuldhafte Leistungshandlungen, die volle Erfüllung sind. Z. B. verkauft jemand ein bestimmtes Tier, das mit einer Seuche behaftet ist und die Tiere des

[1]) Schoeller bei Gruchot 46 S. 1 ff.
[2]) Vgl. die überzeugende Darstellung von Lehmann, Arch. f. d. ziv. Praxis, 96 S. 60 ff.

Käufers ansteckt. Zweifellos ist der Gegenstand des Schuldverhältnisses vollständig erbracht. Zweitens gibt es auch positive Forderungsverletzungen, trotzdem die ordnungsmäßige Leistung zum rechten Zeitpunkt keineswegs zu unterbleiben braucht. Das gilt für alle die Fälle, bei denen vor Fälligkeit mangelhaft geliefert wird, dadurch ein anderweitiger Schaden entsteht und darnach der Schuldner bis zum Tage der Fälligkeit noch eine andere vertragsmäßige Leistung erbringt[1]). Daraus ergibt sich schon, daß auch die Lehre Silbers abzulehnen ist. Staub leitet die Schadensersatzpflicht für positive Forderungsverletzungen durch Analogie aus § 286 BGB. ab. Ebenso wie derjenige, der durch verschuldetes Verzögern, also negatives Verhalten, dem anderen Teil den entstandenen Schaden zu ersetzen hat, ist auch der zum Schadensersatz verpflichtet, der eine Forderungsverletzung durch positives Tun begeht. Es ist zweifellos richtig, daß der Gedanke in dieser Allgemeinheit auch dem § 280 BGB. zugrunde liegt, und es ist Lehmann[2]) darin zuzustimmen, daß die positive Forderungsverletzung in manchen Fällen der Unmöglichkeit mehr ähnelt als dem Verzug. In dem einem Fall wird die positive Forderungsverletzung mehr der Unmöglichkeit, in dem anderen mehr dem Verzug nahekommen. Deshalb erscheint es mir das richtige zu sein aus dem Grundgedanken beider Paragraphen die Ersatzpflicht herzuleiten[3]). Von denen, die die Schadensersatzpflicht aus § 276 BGB. direkt herleiten wollen, ist der analogen Anwendung der §§ 280, 286 entgegengehalten worden, sie führe dazu, daß auch unter Umständen eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden eintrete. Es ist richtig, daß Verzug und Unmöglichkeit nur eine vertretbare Unterlassung voraussetzen und daß § 279 BGB unter Umständen eine Schadensersatzpflicht auch ohne Verschulden begründet. Aber nur der Grundgedanke der §§ 280, 286 soll hier analog angewendet werden, und der ist sicherlich, daß der schuldhaft Handelnde ersatzpflichtig ist. Wenn unter Umständen bei § 280 und § 286 BGB. auch ohne Verschulden gehaftet wird, ist das eine Ausnahme, die für die positive Forderungsverletzung nicht paßt und daher nicht auf sie anzuwenden ist. Von einigen[4]) ist auch bestritten worden, daß die Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung beim Kauf neben den Gewährleistungsansprüchen geltend gemacht werden können. Das BGB. gibt die Gewährleistungsansprüche ohne Rücksicht auf ein Verschulden. Einen Schadensersatzanspruch gewährt es nur bei Arglist und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Dagegen ist der Fall, daß den Verkäufer oder seinen Erfüllungsgehilfen ein Verschulden trifft, nicht ausdrücklich behandelt. Daraus kann aber keineswegs gefolgert werden, daß das Gesetz damit eine ausschließliche Geltung der Gewährleistungsansprüche festsetzen

[1]) Vgl. dazu das Beispiel, in dem der Gesellschafter vor Fälligkeit eine falsche Bilanz vorlegt, und das zur Lehre von Goldmann-Lilienthal Gesagte.
[2]) Arch. f. ziv. Praxis 96 S. 60 ff.
[3]) Vgl. Enneccerus § 278 II.
[4]) Eccius bei Gruchot 43 S. 306 ff ; Titze, Unmöglichkeit S. 277; scheinbar auch Düringer-Hachenburg III S. 156 ff.

wollte. Insbesondere kann die Gegenmeinung sich nicht auf § 463, S. 2 BGB. stützen, der nur die Haftung wegen Arglist, wegen eines zur Zeit des Kaufes vorhandenen Fehlers ausspricht und damit sagt, daß die Regelung für Verschulden nach Vertragsschluß nicht erfolgt ist, weil hier die allgemeinen Vorschriften §§ 320-327 BGB. zur Anwendung kommen sollen. Ein Ausschluß der Verschuldenshaftung beim Kauf wäre auch durchaus unbillig und widerspräche vor allem den allgemeinen Grundsätzen des BGB. Liefert z. B. der Verkäufer schuldhaft nicht oder zu spät, so muß er den entstehenden Schaden ersetzen. Warum sollte dagegen der Verkäufer nicht auch für den Schaden haften, der dem Käufer dadurch entsteht, daß der Schuldner eine mangelhafte Sache geliefert hat, z. B. das gelieferte kranke Tier steckt die anderen Tiere des Käufers an, oder der Käufer muß sich zu einem höheren Preis eindecken, da das angebotene oder gelieferte Heu mangelhaft ist, sodaß er es nicht gebrauchen kann. Diesen anderweitigen Schaden über das Erfüllungsinteresse hinaus kann der Käufer ersetzt verlangen; so das RG.[1]) in dauernder Rechtsprechung wie überhaupt die herrschende Meinung[2]).

§ 9

Das Rücktrittsrecht wegen positiver Forderungsverletzung.

Diese Ausführungen haben sich bis jetzt darauf beschränkt ein Schadensersatzrecht zu beweisen, das, aus den allgemeinen Vorschriften über die einseitige Forderung hergeleitet, naturgemäß sich nur auf eine schuldhafterweise schlecht erfüllte einzelne Forderung beziehen kann. Bei Dauerverträgen kann aber dieser Schadensersatzanspruch nicht genügen. Bei schwerwiegenden Vertragsverletzungen muß der Gläubiger die Möglichkeit haben, von dem ganzen Vertrag loszukommen, denn es wäre eine große Härte, wenn der Gläubiger an den noch lange dauernden Vertrag mit dem vertragsuntreuen Schuldner gebunden wäre. Staub hat auch hier in seiner Schrift „Die positiven Vertragsverletzungen" zuerst den Vorschlag gemacht, nach Analogie der gegenseitigen Verträge ein Rücktrittsrecht oder ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrages zu geben. Seine Ansicht ist vom Reichsgericht und der h. M. im Resultat gebilligt worden. Es haben sich aber auch Stimmen dagegen erhoben. So haben Dernburg und Kipp[3]) die Ansicht vertreten, daß die Konstruktion eines Rücktrittsrechts vom ganzen Vertrag wegen positiver Forderungsverletzung abzulehnen sei. Es sei durchaus unnötig, denn der Gläubiger habe ja bei der Gattungsschuld nach § 480 BGB. die Möglichkeit, eine mangelfreie Sache nachgeliefert zu verlangen und wenn der Schuldner dem Verlangen nicht entspräche, die Verzugsfolgen geltend zu machen und auf diesem Wege

[1]) Vgl. RG. 52 S. 19; 53 S. 200; 56 S. 169.
[2]) Enneccerus § 335; Oertmann § 459, 2c, Staudinger, Vorbem. zu § 459 Anm. 6; Müller bei Gruchot 50 S. 508 ff.; vgl. auch Prot. I S. 689.
[3]) Dernburg, DJZ. 1903 S. 1 ff. Kipp, daselbst S. 256 ff.

vom ganzen Vertrag zurückzutreten. Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß 1. beim Werkvertrag und 2. beim Kaufvertrag über Speziessachen der Nachlieferungsanspruch nicht gegeben ist und wenn nicht überhaupt, so doch zumindest nach der Annahme der Umweg über den Verzug ausgeschlossen ist. Aber auch beim Gattungskauf, der ja in den weitaus meisten Fällen vorliegt, genügt dieser Weg über §§ 480, 326 BGB. nicht. Denn wenn der Gläubiger den Nachlieferungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache geltend macht, muß er die gelieferte mangelhafte Sache zurückgeben. Das wird jedoch in sehr vielen Fällen nicht möglich sein, einmal, weil der Gläubiger die Sache gleich an einen Dritten weiter verkauft hat und dieser Minderung verlangt, oder zum anderen, weil der Gläubiger die Sache augenblicklich so dringend benötigt, daß er lieber eine fehlerhafte Ware behalten als sie zurückweisen und den Nachlieferungsanspruch erheben will. Denn er setzt sich dann der Gefahr aus, die mangelhafte Sache wegzugeben und eine andere mangelfreie Sache nicht sofort wieder zu bekommen. Z. B. ein Händler hat mit einer Zuckerfabrik einen Vertrag für ein Jahr abgeschlossen auf Lieferung von monatlich 1000 Ztr. Zucker. Der Einfachheit und Billigkeit halber läßt der Händler die einzelnen Waggons einer Zuckerrate von der Zuckerfabrik sofort an seine Unterabnehmer senden. Bei ihnen stellt sich heraus, daß der Zucker fehlerhaft ist. Aus diesem Grunde erheben die Unterabnehmer gegen den Händler Ansprüche auf Minderung. Da dieser infolgedessen nicht die Möglichkeit hat, der Zuckerfabrik die mangelhafte Ware wieder zur Verfügung zu stellen, kann er den Nachlieferungsanspruch nicht geltend machen und muß abwarten, bis die nächste Rate fällig ist. Ist sie wieder mangelhaft, könnte er zunächst mangelfreie Ware verlangen, müßte dann nach eingetretenem Verzug eine Nachfrist setzen, um schließlich vom Vertrag zurücktreten zu können, wenn innerhalb der Nachfrist nicht vertragsmäßig geliefert wird. Liefert nun aber der säumige Teil doch innerhalb der Nachfrist, so ist der Gläubiger an den unsicheren Partner auch weiterhin gebunden, trotzdem zu erwarten ist, daß der Schuldner auch in Zukunft unpünktlich oder mangelhaft liefern wird. Der Händler muß sich inzwischen die Ersatzansprüche seiner Unterabnehmer gefallen lassen und bekommt womöglich von seinem Verkäufer mangels Zahlungsfähigkeit nicht einmal seinen Schaden ersetzt. Dazu kann er sich nicht anderweitig eindecken, da er ja nie weiß, ob der Verkäufer nicht doch noch im letzten Augenblick liefert. Vor allem aber verliert er infolge der schlechten bezw. verspäteten Lieferung seine Kundschaft. Oder man denke an den Fall, daß der Käufer Futter dringend nötig hat. Trotzdem das gelieferte Heu dumpfig ist, ist es bei allgemeiner Futterknappheit noch besser als gar nichts. Der Käufer kann das Heu infolgedessen nicht zurückgeben, da er anderes Heu sofort nicht bekommen kann. Doch will er nach solchen Erfahrungen von dem Vertrag mit dem unsicheren Lieferanten loskommen und sich für die Zukunft nach besserem Heu selbst umsehen. Auch hier ist der Umweg

über den Nachlieferungsanspruch und Verzug nicht gangbar, und es zeigt sich also, daß er für die Erfordernisse des Verkehrs nicht ausreicht. Um dem Gläubiger die Möglichkeit zu verschaffen, sich bei ernsthafter Vertragsverletzung des Schuldners von den künftigen Wiederholungslieferungen loszumachen, sind zwei Wege vorgeschlagen worden. Staub glaubt, daß hier nur die Lehre von der positiven Forderungsverletzung zu einem tragbaren Ergebnis führt. Verletze die eine Partei derartig den Vertrag, daß der Vertragszweck ernsthaft gefährdet sei, so steht dem anderen Teil ein Rücktrittsrecht bezw. ein Schadensersatzanspruch hinsichtlich des ganzen Vertrages zu. Anderseits hat man versucht[1]), dem Verkehrsbedürfnis dadurch abzuhelfen, daß man bei Schlechterfüllung von Wiederholungslieferungen nach Analogie der vom Gesetz geregelten Dauerverträge, Miete-, Pacht-, Dienst-, Werk- und Gesellschaftsverträge dem Gläubiger bei einer schwerwiegenden Gefährdung des Vertragszwecks ein außerordentliches Kündigungsrecht einräumen wollte. Auf diese Lehre wird unten noch näher einzugehen sein. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht kennt das BGB. nur in den §§ 325, 326 bei Unmöglichkeit oder Verzug in gegenseitigen Verträgen. Ebenso wie in den §§ 280, 286, dem akzessorischen Schadensersatzanspruch, hat das Gesetz in den §§ 325, 326 bei gegenseitigen Verträgen das Rücktrittsrecht nur bei negativem Verhalten des Schuldners (Unmöglichkeit und Verzug) behandelt. Nicht geregelt hat es dagegen positive Forderungsverletzungen bei gegenseitigen Verträgen. Aber auch bei positiven Forderungsverletzungen muß dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht zustehen. Man hat zunächst versucht, das Rücktrittsrecht zu begründen durch eine direkte Anwendung des § 325 BGB.; so Goldmann-Lilienthal und Schoeller. Sie sehen in der positiven Forderungsverletzung eine Unmöglichkeit. Die Gründe, die gegen diese Auffassung sprechen, sind bereits oben bei der Behandlung des akzessorischen Schadensersatzanspruches dargetan worden. Eine positive Forderungsverletzung ist weder Unmöglichkeit noch Verzug, sondern ein ganz besonderer Tatbestand, auf den die Bestimmungen über Verzug oder Unmöglichkeit nicht direkt angewendet werden können. Vielmehr ist nur der Grundgedanke der Bestimmungen über Unmöglickheit und Verzug für die Lehre von der positiven Forderungsverletzung zu gebrauchen. Wenn im Vorangegangenen gezeigt worden ist, daß nicht nur derjenige, der durch sein negatives Verhalten, sondern auch der, der durch positives Tun dem andern Teil einen Schaden zufügt, ersatzpflichtig ist, nach Analogie der §§ 280, 286 BGB., so muß nach Analogie der §§ 325, 326 bei gegenseitigen Verträgen auch ein Rücktrittsrecht wegen positiver Forderungsverletzung gegeben sein. Dieser allgemeine Grundgedanke läßt sich aus den beiden §§ 325, 326 ohne weiteres folgern; anders ist es jedoch, wenn es sich darum handelt zu bestimmen, wie weit die Raten bei Wiederholungslieferungen von dem Rücktrittsrecht wegen positiver Forderungsverletzung erfaßt werden.

[1]) Müller-Erzbach, DJZ. 1904 S. 1158; Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. 101 S. 253; Düringer-Hachenburg II S. 259.

§ 325, I. S. 1 gibt ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrag, wenn die Gesamtleistung unmöglich ist und der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Bei Schlechterfüllung von Wiederholungslieferungen ist die Lage anders. Die gesamte geschuldete Leistung ist nicht unmöglich, sondern infolge der Schlechterfüllung eines Teils — einer oder mehrerer Raten — besteht die Befürchtung, daß der Schuldner auch später schlechte Lieferungen erbringen wird, und dagegen soll der Gläubiger geschützt werden. Es besteht also ein ganz wesentlicher Unterschied zwischen Gesamtunmöglichkeit und Schlechterfüllung. Im ersten Fall ist die Leistung guter Ware sicher unmöglich, im zweiten Fall ist sie hinsichtlich der zukünftigen Raten nur unwahrscheinlich. Eine Reihe von Schriftstellern[1]) will daher nur die Vorschriften über Teilunmöglichkeit, § 325, I. S. 2, angewendet wissen. Sie geben daher nur ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrag, wenn der Gläubiger infolge der positiven Forderungsverletzung an dem ganzen Vertrag kein Interesse mehr hat, was jedoch ein Ausnahmefall bleiben wird und nur dann zutrifft, wenn die Sachen als zusammengehörend verkauft sind und die eine ohne die andere für den Käufer wertlos ist. Mit § 325, I S. 2 will das Gesetz lediglich verhindern, daß bei teilweiser Unmöglichkeit der Gläubiger auch von den fälligen erfüllten Teilen zurücktritt. Das trifft gar nicht die hier zu behandelnde Lage. Es handelt sich bei der positiven Forderungsverletzung nicht um fällige, ordnungsmäßig erfüllte Teile, sondern um zukünftige, wahrscheinlich mangelhafte Raten. Die hier angegriffene Meinung wird also der wirklichen Lage bei einer positiven Forderungsverletzung gar nicht gerecht, wenn sie den Gesichtspunkt der Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen des Gläubigers ganz außer Acht läßt und rein schematisch Bestimmungen des Gesetzes, die nur Bedeutung für bereits erfüllte Teile haben, auch auf die zukünftigen Raten anwenden will. Mutatis mutandis ist hier das Gleiche zu sagen wie bei der Frage der Anwendbarkeit des § 326, I S. 3 auf die zukünftigen Raten beim Verzug. Am meisten scheint mir die tatsächliche Lage bei einer Vertragsverletzung durch positives Tun der Lage beim Verzug mit einer Rate ähnlich zu sein. Nachdem der Schuldner mit einer Rate in Verzug gekommen ist und auch innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist nicht liefert, ist zu befürchten, daß der Schuldner auch bei den künftigen Raten nicht liefern wird. Bei der positiven Forderungsverletzung ist ein- oder mehreremale mangelhaft geliefert, und es ist wahrscheinlich, daß auch die künftigen Leistungen nicht besser sein werden. Der Vertragszweck ist hierdurch erheblich gefährdet. Die Tatbestände des Verzugs mit einer Rate in der positiven Forderungsverletzung sind also einander sehr ähnlich, sodaß es naheliegend ist, die Bestimmungen über den Verzug auf die positive Vertragsverletzung anzuwenden. Aber es kann sich nur um eine analoge Anwendung handeln. Das zeigt sich besonders bei der Betrachtung der Voraussetzung, die den Gläubiger bei Verzug einerseits und bei positiver

[1]) Düringer-Hachenburg II S. 278; Hachenburg L.Z. 1907 S. 9 ff.; Jacobi, Gruchot 50 S. 230.

Forderungsverletzung andererseits zum Rücktritt berechtigen. Der Nachweis, daß der Schuldner ernstlich gegen den Vertrag verstoßen hat und die Vertragserfüllung hinsichtlich der künftigen Raten so unsicher gemacht hat, daß der Gläubiger zum Rücktritt von den künftigen Raten berechtigt ist, wird beim Verzug durch den erfolglosen Ablauf der Nachfrist erbracht, bei der positiven Forderungsverletzung erst dadurch, daß infolge der Schlechterfüllung der Vertragszweck gefährdet erscheint. Beim Verzug hat das Gesetz das Rücktrittsrecht im Interesse der Rechtssicherheit an einen ganz fest bestimmten Tatbestand geknüpft. Anders ist die Lage bei der positiven Forderungsverletzung. Sie ist ein viel weiterer Begriff als der Verzug, und es ist nicht möglich, sie in starre Formen zu pressen. Vielmehr muß in jedem einzelnen Fall beurteilt werden, ob sie so schwerwiegend ist und derart den Vertragszweck gefährdet, daß dem Gläubiger eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. In vielen Fällen wird schon eine positive Forderungsverletzung genügen, um den Gläubiger zum Rücktritt von den Wiederholungslieferungen zu berechtigen. Einer besonderen Fristsetzung oder Androhung des Rücktritts bedarf es in diesen Fällen nicht, weil eben schon die positive Forderungsverletzung die ordnungsmäßige Erfüllung der noch ausstehenden Teilleistungen unwahrscheinlich macht und den Vertragszweck vereitelt[1]). Dagegen müßte bei leichteren Vertragsverletzungen der Fristsetzung beim Verzug entsprechend eine Androhung vorausgehen, daß der Gläubiger bei Wiederholung das Rücktrittsrecht geltend machen werde[2]). Die Tatsache, daß das Rücktrittsrecht beim Verzug an starre Rechtsregeln gebunden ist, bei der positiven Forderungsverletzung an relative, dem Bedürfnis des einzelnen Falls sich anpassende Normen geknüpft ist, rechtfertigt auch eine Verschiedenheit in der Wirkung des Verzuges und der positiven Forderungsverletzung. Bei Verzug kann nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist dem Gläubiger grundsätzlich die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden, da hier immer der Vertragszweck gefährdet erscheint. Der Gläubiger hat dann die Wahl, ob er das Rücktrittsrecht nur hinsichtlich der fälligen Rate oder auch der noch ausstehenden Raten geltend machen will. So ist die Lage bei der positiven Forderungsverletzung nicht. Es bestehen vielmehr hier drei Möglichkeiten.

1. Infolge der positiven Forderungsverletzung erscheint der ganze Vertragszweck gefährdet. In diesem Fall kann der Gläubiger ebenso wie beim Verzug nach seiner Wahl sowohl von den durch die positiven Forderungsverletzungen unmittelbar betroffenen Raten allein oder von ihnen und den zukünftigen Raten zurücktreten[3]).

---

[1]) so auch das RG. 54 S. 102; 57 S. 115; 67 S. 5; 104 S. 28, 41; 106 S. 25. Oertmann Anm. 6 c zu § 325.

[2]) Staub § 374 Anm. 195; Enneccerus, der sowohl § 325 wie § 326 analog anwenden will, kommt zum gleichen Ergebnis. Anders Lehmann, der an der Fristsetzung in allen Fällen festhält.

[3]) a. A. Hueck S. 102.

2. Die positive Forderungsverletzung ist beschränkt auf nur eine Rate, und eine Gefährdung des ganzen Vertrages ist nicht gegeben. Z.B. bei einem langfristigen Liefervertrag, in dem der Verkäufer immer sehr pünktlich und gut geliefert hat, übersendet er infolge eines Versehens statt der verkauften Kohlen erster Qualität Kohlen dritter Qualität. Hier kann der Käufer nur hinsichtlich dieser einen Rate zurücktreten und dem Verkäufer androhen, daß er vom ganzen Vertrag zurücktreten werde, wenn auch die nächste Rate nicht vertragsmäßig ausfalle.

3. Kann die positive Forderungsverletzung so geringfügig sein, daß nach Treu und Glauben der Käufer wegen einer einmaligen derartig geringfügigen Forderungsverletzung nicht zum Rücktritt von auch nur einer Rate berechtigt ist.

Hinsichtlich der vertragsmäßig erfüllten Raten gilt das gleiche wie beim Verzug. Auf sie findet § 326, I S. 3 entsprechende Anwendung. Von ihnen kann der Gläubiger nur dann zurücktreten, wenn er infolge des Rücktritts von den übrigen Raten auch an den bereits erfüllten kein Interesse mehr hat, was aber auch hier nur ein Ausnahmefall sein wird. Die Entscheidung darüber, ob und wie weit der Gläubiger wegen positiver Forderungsverletzung zurücktreten kann, ist nur von Fall zu Fall zu treffen. Im allgemeinen wird man bei Wiederholungslieferungen auf längere Zeit dem Gläubiger bei einmaliger Schlechterfüllung einer Rate kein Rücktrittsrecht auch hinsichtlich der künftigen Raten einräumen können, sondern nur bezüglich der mangelhaften Rate, weil durch die mangelhafte Lieferung einer Rate der ganze Vertragszweck nicht gefährdet erscheint. Liefert dann aber der Verkäufer auch die nächste Rate wieder mangelhaft, dann wird man von einer Gefährdung des Vertragszwecks reden können, sodaß der Käufer berechtigt ist, auch von den künftigen Raten zurückzutreten. Vorausgesetzt ist aber hierbei immer, daß der Käufer die vorangegangenen mangelhaften Raten gerügt hat (§ 377 HGB.). Denn wenn der Käufer bei mangelhaften Lieferungen nicht rügt, so bringt er ja gerade dadurch den Nachweis, daß er selbst den Vertragszweck durch die Schlechtlieferung nicht für gefährdet hält, denn er hat ja die mangelhafte Leistung vorbehaltlos angenommen (§ 464 BGB.). Unter Umständen kann jedoch schon eine einzige Schlechterfüllung genügen, um dem Gläubiger das Recht zum Rücktritt bezüglich der künftigen Raten zu geben. Diese Vertragsverletzung muß aber so eklatant sein, daß dem Gläubiger die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Als Beispiel diene ein vom Reichsgericht[1]) entschiedener Fall. Zwischen den Parteien war ein Vertrag abgeschlossen worden, der dem Kläger die maschinelle Einrichtung einer Brikettfabrik übertrug, wogegen sich die Beklagte außer zur Zahlung des Preises dazu verpflichtete, von der Klägerin

[1]) RG. 67 S. 5 ff.

zwei weitere Brikettpressen zum jeweiligen Materialpreise noch zu bestellen. Da jedoch die Fabrikeinrichtung, die 270000 RM kostete, mangelhaft ausfiel, war die Beklagte berechtigt, von der streitigen Nachbestellung im Werte von 100000 RM zurückzutreten. Hier erschien nach der Schlechterfüllung der Hauptverpflichtung der Vertragszweck so gefährdet, daß dem Beklagten die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden konnte.

V. Teil.

§ 10

Kündigung aus wichtigem Grund.

Um bei Schlechterfüllung von Wiederholungslieferungen dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, sich vom Vertrage soweit er noch nicht erfüllt ist, loszumachen, hat ein Teil von Schriftstellern[1]) dem Gläubiger nach Analogie der vom Gesetz geregelten Dauerverträge das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund einräumen wollen. Der Unterschied zwischen Rücktrittsrecht und der Kündigung liegt darin, daß diese die noch nicht erfüllten Teile von Wiederholungslieferungen erfaßt, dagegen hebt der Rücktritt grundsätzlich den ganzen Vertrag auf. Die Parteien sind dann verpflichtet, sich das Empfangene gegenseitig zurückzugewähren. Bei Wiederholungslieferungen ist allerdings, wie oben gezeigt, insofern eine Einschränkung zu machen, als sich hier das Rücktrittsrecht in den meisten Fällen nur auf die gerade fälligen und die künftigen Raten erstrecken wird, und nur bei dem Nachweis des mangelnden Interesses an den bereits vertragsmäßig erfüllten Raten auch auf diese. Ein Unterschied in der Wirkung zwischen Kündigung und Rücktrittsrecht bei Wiederholungslieferungen besteht also einmal hinsichtlich der gerade fälligen Rate, die nicht vom Kündigungsrecht, wohl aber vom Rücktrittsrecht miterfaßt wird und zum anderen bezüglich der bereits vertragsmäßig erfüllten Raten. Von der Kündigung werden diese nicht betroffen, wohl aber unter den Voraussetzungen des § 326, I S. 3 von dem Rücktrittsrecht. Diese Verschiedenheit in der Wirkung von Rücktrittsrecht und Kündigung bei Wiederholungslieferungen ist freilich nicht von großer praktischer Bedeutung, denn selbst wenn man mit Müller-Erzbach auch die Anwendbarkeit des § 326 für die Wiederholungslieferungen grundsätzlich verneint und dem Gläubiger nur das Recht zur Kündigung zuerkennt, kann der Gläubiger bei Schlechterfüllung Wandlung bezüglich der fälligen Rate immer verlangen, auf die die Vorschriften über das Rücktrittsrecht (§ 346 ff.) Anwendung finden. Auch bezüglich der bereits erfüllten Raten kann der Gläubiger Wandlung verlangen, wenn die Sachen als zusammengehörend verkauft sind

[1]) Müller-Erzbach, DJZ. 04 S. 1158 ff.; weiterhin Krückmann, Arch. f. Ziv. Prax. 101 S. 253; Dernburg, BGB. II 2 1915 S. 48/9; Geckeler S. 23; Düringer-Hachenburg II S. 259; Oertmann § 325 Erl. 6 c.

und wenn die mangelhaften von den mangelfreien Raten nicht ohne Nachteil getrennt werden können. Auf diese vertragsmäßig geleisteten Raten ist § 469, S. 2 BGB. ohne weiteres anwendbar, da diese Raten schon fällig sind und sich also von den vertragsmäßigen Teilen einer Gesamtleistung in dieser Hinsicht nicht unterscheiden. Bei schuldhafter Schlechterfüllung, die den Vertragszweck gefährdet, gibt die Lehre von der positiven Forderungsverletzung dem Gläubiger also das Recht zum Rücktritt von der fälligen und den künftigen Raten; außerdem auch von den vertragsmäßig erfüllten Raten, wenn diese infolge des Rücktritts von den übrigen Raten für den Gläubiger kein Interesse mehr haben, d. h. die erfüllten Raten ohne die zukünftigen Raten für den Gläubiger unbrauchbar sind. Bei der gleichen Sachlage, schuldhafter Schlechterfüllung, die den Vertragszweck gefährdet, kann der Gläubiger nach der Ansicht von Müller-Erzbach und seiner Anhänger bezüglich der künftigen Raten kündigen, hinsichtlich der fälligen Rate wandeln und ebenfalls wandeln bezüglich der vertragsmäßig erfüllten Raten, wenn diese nicht ohne Nachteil von der fälligen getrennt werden können. Die Wirkung ist dann die gleiche wie beim Rücktritt. Auch nach der Lehre von Müller-Erzbach hat bei schuldhafter Schlechterfüllung der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung nach Analogie der §§ 280, 286 BGB., denn den akzessorischen Schadensersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung leugnet auch Müller-Erzbach nicht. Der Kausalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Tun und dem Schaden ist vorhanden, denn wenn der Schaden auch unmittelbar durch die Kündigung bzw. Wandlung verursacht ist, so ist er doch mittelbar durch das schuldhafte Verhalten des Schuldners bedingt. Dieser akzessorische Schadensersatzanspruch gewährt dem Gläubiger die gleichen Rechte wie der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB., wenigstens soweit man sich der herrschenden Differenztheorie anschließt. Denn der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung wandelt die gegenseitige Leistungsverpflichtung in einen einseitigen Geldanspruch des Gläubigers um. Soweit man also das Kündigungsrecht nur bei Verschulden einer Vertragspartei dem vertragstreuen Teil einräumt, ist ein praktischer Unterschied in der Wirkung zwischen der Lehre von der positiven Forderungsverletzung bei Wiederholungslieferungen und dem Kündigungsrecht überhaupt nicht vorhanden. „Vielmehr handelt es sich lediglich um eine verschiedene Begründung“[1]). So verlangt denn auch Müller-Erzbach ein Verschulden als Voraussetzung zur Kündigung, ebenso Hesse und Dernburg. Dagegen wollen Krückmann und Geckeler ohne Rücksicht darauf, ob Verschulden vorliegt oder nicht, ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ganz allgemein bei Wiederholungslieferungen geben. Soweit diese Ansicht die Lehre von der positiven Forderungsverletzung nicht überhaupt ganz ablehnt, sieht sie in dem Rücktrittsrecht einen Spezialfall

[1]) so Hueck S. 120.

des umfassenderen Kündigungsrechts. Wie weit es richtig ist, daß ohne Rücksicht auf den Begriff des Verschuldens ein allgemeines außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde besteht, soll im folgenden geprüft werden. Die Anhänger des außerordentlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund berufen sich auf die Analogie der vom Gesetz geregelten Dauerverträge. Bei diesen bestehe ganz allgemein ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, und dasselbe sei bei Wiederholungslieferungen entsprechend anzuwenden. Ein Kündigungsrecht hat das Gesetz in sehr vielen Fällen gegeben. Für die Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage kommen jedoch nur die Fälle in Betracht, in denen das Gesetz ein außerordentliches Kündigungsrecht bei vollkommen zweiseitigen Dauerverträgen gibt. Denn daß eine jederzeitige Kündigung für den Regelfall des Wiederholungsliefervertrages, der auf eine festbestimmte Menge oder festbestimmte Zeit geht, nicht zulässig ist, ist sicher. Ebensowenig können Fälle berücksichtigt werden, in denen bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen ein außerordentliches Kündigungsrecht besteht, wie z. B. bei der Leihe (§ 605 BGB.) oder beim Auftrag (§ 696, S. 2 BGB.)[1]). Denn bei den unvollkommenen zweiseitigen Verträgen geht ein Teil eine Verpflichtung ein, ohne daß ihm dafür eine Gegenleistung wird, und es ist deshalb naheliegend, daß das Gesetz in diesem Fall die Lösung des Vertrages leichter möglich macht als bei vollkommen zweiseitigen Verträgen, bei denen jede Partei für ihre Leistung eine Gegenleistung zu erwarten hat. Der Wiederholungsliefervertrag ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag, und wenn bei ihm ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gegeben werden soll, so ist dafür die Voraussetzung, daß bei allen vom Gesetz geregelten syllagmatischen Dauerverträgen ein solches außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde besteht. Bei der näheren Betrachtung dieser Verträge zeigt sich aber schon, daß das Gesetz nur bei einem Teil der Dauerverträge ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gewährt und bei anderen Dauerverträgen das außerordentliche Kündigungsrecht von ganz festumrissenen Tatbeständen abhängig macht. Zu dieser letzten Gruppe gehören Miete und Pacht, in die erste Gruppe Dienstverträge (BGB. § 626; HGB. § 70), Werkvertrag (BGB. § 643), Agenturvertrag (HGB. § 92), Gesellschaftsverträge (BGB. § 723, I S. 2 HGB. § 133, 339) und die Gemeinschaft (BGB. § 749, II). Der Unterschied dieser beiden Gruppen liegt vor allem darin, daß dort die Leistung in einer Sache, hier in der Nutzung von höchst persönlichen Diensten besteht. In diesen letzten Fällen trägt das Vertragsverhältnis einen mehr persönlichen, individuellen Charakter, während das bei Miete und Pacht in weit geringerem Ausmaße zutrifft. Dieser Unterschied ist m. E. auch der Grund, aus dem heraus das Gesetz ein außerordentliches Kündigungsrecht von verschiedenen Voraussetzungen abhängig macht. Bei Dienst-, Werk-, Agentur-

1) anders Krückmann, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 101 S. 253

und Gesellschaftsverträgen spielen Fragen der Arbeitskraft, der persönlichen Tüchtigkeit, des gegenseitigen Vertrauens und ganz allgemein der persönlichen Verhältnisse eine ausschlaggebende Rolle. Tritt aber auf irgendeine Weise mit oder ohne Verschulden eine Veränderung in den gegenseitigen dem ganzen Vertragsverhältnis zugrunde liegenden Beziehungen ein, so muß die Möglichkeit der Lösung eines Dienstvertrages aus wichtigem Grunde ohne weiteres möglich sein im Interesse des freien Verfügungsrechts des einzelnen über seine Person; oder wird bei einem Gesellschaftsvertrag oder bei einer Gemeinschaft, die auf festbestimmte Zeit eingegangen ist, ein gedeihliches Zusammenarbeiten der Mitglieder aus irgendwelchen Gründen unmöglich, so muß auch hier die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bestehen. Dagegen ist es bei Dauerverträgen, die ihrem Inhalt nach lediglich auf die Leistung einer Sache gehen, ganz anders. Hierbei interessiert die Person des Kontrahenten nur insoweit, als der Vermieter bezw. Verpächter den Kontrahenten für zahlungsfähig genug hält, pünktlich die Miete bezw. Pacht zu bezahlen oder umgekehrt, der Mieter oder Pächter glaubt, daß der Vertragspartner die Sache oder das Recht vertragsgemäß zur Verfügung stellen kann. Darüber hinaus kommt es auf besondere persönliche Verhältnisse der Parteien nicht an. Miet- und Pachtverträge sind zwar auch in finanzieller Hinsicht von großer Bedeutung, aber die Persönlichkeit der Parteien selbst wird durch das Vertragsverhältnis nicht direkt berührt. Ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund hat das Gesetz deshalb auch hier nicht gegeben, sondern es hat vielmehr, der besonderen Natur des einzelnen Vertragsverhältnisses Rechnung tragend, eine bestimmte Zahl von Tatbeständen herausgestellt, auf Grund deren es ein Kündigungsrecht gewährt. Aber diese Tatbestände sind fest umgrenzt, und es geht nicht an zu behaupten, daß es sich ganz allgemein um ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund handele und die einzelnen angeführten Tatbestände nur besonders unterstrichene Beispiele seien für einen wichtigen Grund. Denn bei einem Recht auf außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund kommt es auf das Moment der Vertretbarkeit nicht an. Auch wenn ein Vertragsteil einen Umstand nicht zu vertreten hat, ja gerade dann kann der andere Vertragsteil kündigen. Aber sowohl § 553 wie § 554 BGB. setzen voraus, daß der Mieter den Umstand, der den Gläubiger zur Kündigung berechtigt, zu vertreten hat. Nach § 553 BGB. kann der Vermieter kündigen, wenn der Mieter trotz Abmahnung des Vermieters den vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt. Es ist also in diesem Fall ein Verschulden des Mieters erforderlich. § 554 gibt dem Vermieter das Kündigungsrecht, wenn der Mieter mit zwei aufeinander folgenden Raten im Verzug ist. Verzug setzt aber immer, wenn nicht Verschulden, so doch wenigstens vertretbare Unmöglichkeit nach § 279 BGB. voraus. Vertretbarkeit ist also auch die Voraussetzung des § 554 BGB. Richtig ist es allerdings, daß der § 542 BGB. ein Kündigungsrecht ohne Rücksicht darauf gewährt,

ob der Vermieter die Nichteinräumung der vermieteten Sache zu vertreten hat oder nicht. Aber dieser Fall bleibt eine Ausnahme, und er erklärt sich so, daß für den Mieter, wenn ihm die gemietete Sache nicht gewährt wird, der ganze Vertrag wertlos ist, wobei es unwichtig ist, ob den Vermieter ein Verschulden trifft, was allerdings in der Regel der Fall sein wird. Von einem für ihn unbrauchbaren Vertrag muß der Mieter aber loskommen können, und deshalb gibt ihm das Gesetz in diesem Fall ein außerordentliches Kündigungsrecht. Damit ist jedoch schon gesagt, daß wir es bei § 542 BGB. mit einer Ausnahme zu tun haben, die sich aus der Eigenart des Mietverhältnisses ergibt. Keinesfalls läßt sich aber aus diesem alleinstehenden Spezialfall die Folgerung ziehen, daß auch bei Miet- und Pachtverträgen ein allgemeines Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bestehe. Es ist deshalb abzulehnen, wenn Düringer-Hachenburg die §§ 553, 554, 542, die besonderen Kündigungsgründe bei der Miete, auf eine Linie mit den §§ 626, 723 BGB., § 70 und § 133 HGB. stellen, denn nur bei den letzten besteht ein allgemeines außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund. Nur wenn höchstpersönliche Leistungen Gegenstand des Vertrages sind, ist ein außerordentliches Kündigungsrecht ohne Rücksicht darauf zulässig, ob eine Partei einen Umstand zu vertreten hat, der den anderen Teil zur Kündigung berechtigt. Damit ist aber auch bereits das Wesentliche gegen das von Krückmann[1]) konstruierte Ablehnungsrecht hervorgehoben. Aus den §§ 286, 250, 283, 354, 361, 542, und 634 BGB. will Krückmann den allgemeinen Grundsatz herleiten: „Niemand soll eine Leistung aufgedrängt werden, an der er kein Interesse hat, wenn der Umstand, durch den das Interesse des Gläubigers ausgeschlossen ist, auf den Schuldner (mit oder ohne dessen Verschulden) zurückzuführen ist". Wenn Krückmann sich in seinen Ausführungen besonders auf § 286, II BGB. stützt und ausführt, daß hier der Gläubiger die Leistung ablehnen dürfe, wenn er kein Interesse mehr an ihr habe, so übersieht er, daß der Gläubiger die Leistung nach § 286, II nur zurückweisen darf, wenn er infolge des Verzuges kein Interesse mehr an ihr hat. Verzug setzt aber meistens Verschulden oder wenigstens doch Unvermögen voraus, das der Schuldner zu vertreten hat. Dieselben Voraussetzungen haben auch die übrigen von Krückmann angeführten Gesetzesstellen mit Ausnahme von § 542, der aber, wie oben gezeigt, sich als eine Spezialvorschrift des Mietvertrags darstellt und sich aus der besonderen Lage bei der Miete erklärt, nicht aber als allgemeiner Grundsatz betrachtet werden kann. Wir kommen also zum Endergebnis, daß weder ein allgemeines außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, noch ein Ablehnungsrecht, das von dem Moment der Vertretbarkeit unabhängig ist, besteht. Ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ist vom Gesetz nur da aufgestellt, wo in dem Vertragsverhältnis die persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften der Parteien

1) Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 S. 249 ff.

von ganz besonderer Bedeutung sind wie in Dienst- und Gesellschaftsverträgen. So ist die Lage für den Regelfall der Wiederholungslieferungen nicht. Hier wird die Leistung regelmäßig in der Lieferung von Sachen bestehen, während die persönlichen Verhältnisse zurücktreten. Der Regelfall der Wiederholungslieferungen hat also viel mehr Aehnlichkeit mit Miete und Pacht als mit Gesellschafts- und Dienstverträgen, und deshalb muß ein allgemeines, außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für Wiederholungslieferungen abgelehnt werden. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß bei Wiederholungslieferungen in besonderen Fällen die persönlichen Beziehungen der Parteien eine so ausschlaggebende Bedeutung für den Vertrag haben, daß, wenn sie sich aus irgendeinem Grunde wesentlich verschlechtern, ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gerechtfertigt ist. So hat z. B. das Reichsgericht[1]) in derartigen Fällen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zugebilligt. Doch werden derartige Fälle bei Wiederholungslieferungen selten sein. Wenn hier für den Regelfall ein allgemeines Kündigungsrecht abgelehnt wird, so sei hier noch besonders hervorgehoben, daß diese Ausführungen nur für ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zutreffen. Ist ein vertragsmäßiges Kündigungsrecht vereinbart, so können die Parteien jederzeit kündigen, wenn der Umstand, an den sie vertragsmäßig das Kündigungsrecht geknüpft haben, eintritt. Ebensowenig haben die obigen Ausführungen Geltung bei Verträgen auf Wiederholungslieferungen, die auf eine unbestimmte Zeit und unbestimmte Leistung gehen. Z. B. der Vertrag zwischen der Hausfrau und dem Milchhändler auf Lieferung des täglichen Bedarfs. In einem solchen Falle wird es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben jedem Teil jederzeit möglich sein, den Vertrag zu kündigen.

1) RG. 78 S. 385 und 65, S. 37.

Lebenslauf.

Am 28. Dezember 1905 wurde ich geboren als Sohn des 1921 verstorbenen Pfarrers Friedrich Dörr zu Michelbach Kreis Marburg und seiner Ehefrau Olga geb. Schulte. Von Ostern 1912—1915 besuchte ich die Volksschule in Michelbach und trat Ostern 1916 nach einjähriger privater Vorbereitung durch meinen Vater in die Quinta des Marburger Gymnasiums ein. Dort bestand ich im Frühjahr 1924 das Abiturientenexamen. Vom 1. April 1924 bis zum Herbst 1925 machte ich bei der Deutschen Bank in Duisburg eine kaufmännische Lehrzeit durch und studierte dann von Herbst 1925 bis Herbst 1927 4 Semester Rechtswissenschaft an der Universität in Marburg. Nach einem weiteren Studium von 2 Semestern in Göttingen bestand ich am 29. 11. 1928 das Referendarexamen am Oberlandesgericht in Celle und bin seit dem 22. März 1929 bei der Staatsanwaltschaft in Marburg tätig. Am 26. März 1929 legte ich das mündliche Doktorexamen ab. Es sei mir gestattet, an dieser Stelle meinen akademischen Lehrern, insbesondere Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard für die Beratungen bei der vorliegenden Arbeit meinen herzlichen Dank auszusprechen.

THYSSENDRUCK
KREFELD